


# P O R

# EL MARQVES DE PRIEGO,

## DVQVE DE MEDINA-CELI Y ALCALA,

EN DEFENSA DE LOS FRVTOS, RENTAS QVE GOZA DEL Eſtado Ducado de Alcalà, de que es Poſſeedor;

RESPONDIENDO, Y DANDO SATISFACION A EL INFORME en derecho, hecho por el Abogado del Principe, Don Franciſco Pio de Saboya Moura y Corte Real, Marquès de Caſtel-Rodrigo.

*EN QVE PRETENDE,*

SE CONFIRME EL AVTO DE VISTA DE ESTA REAL AVDIENCIA de 6. de Noviembre de 1671. por el qual, ſe mandò deſpachar proviſsion de execucion en favor de la Caſa, y Eſtado de Caſtel-Rodrigo por 47ꝟ388. ducados, y 8. reales de vellon, contra los frutos, y rentas del dicho Eſtado de Alcalà.

Y AORA TAMBIEN PRETENDE, SE REFORME, Y ENMIENDE DICHO Auto, en quanto no ſe mandò, que la execucion corrieſſe por todos los reditos, ò intereſſes de la dicha cantidad, que han corrido deſde la muerte del Duque de Alcalà Don Fernando Enriquez de Ribera, que fue en 29. de Março del año de 1637.

1. TRO rumbo eſtaban en ſeguir los Abogados del Eſtado de Alcalà, para manifeſtar à la Sala, la juſticia que le aſsiſte en ſu defenſa; de el que en eſte Informe ſe ha de executar; à no aver juzgado, con la noticia, que ſe tuvo de averſe eſcripto informe en derecho, por parte del Principe Pio, Marquès de Caſtel-Rodrigo, y dadolo à la Imprenta; y que les ſerà neceſſario verle, y regiſtrarle; para reconocer, ſi en el hecho que le relacionaba, y en el derecho en que ſe fundaba, iba vno, y otro, arreglado, y conſiguiente. Y aſsi con eſta noticia, hallandoſe ſabidores, à la viſta del pleyto, pidieron ſe dieſſe, à el Eſtado de Alcalà, traslado de dicho informe (como aſsi ſe mandò) para dicho reconocimiento, y poder, à el miſmo tiempo, que ſe reſpondia, hazer manifieſta la defenſa del dicho Eſtado.

2. Bien ſe pudiera *in voce*, aver informado à la Viſta, luego que la relacion del pleyto, ſe hizo por el Memorial ajuſtado (que por lo muy dilatado dèl, durò dos mañanas enteras ſu lectura) pero por lo yà dicho, ſe excusò de propoſito; y porque ſiendo eſte vn pleyto, cuya duracion incanſable, paſſa de 84. años, con las interpolaciones que ha tenido; y en que vltimamente ſe halla el preſente articulo viſto, y por determinar deſde el año de 676. que ſon aun mas de 45. años: no era dable reducir à informe verbal tantas circunſtancias, y defenſas de las partes; en que intervinieron, en los yà paſſados tiempos, por la vna, y por la otra, los primeros, y mas expertos Abogados, que tuvo eſta Real Audiencia: pues por mas que ſe diga, y ſe pondere de palabra; eſto ſolo vna vez ſe oye, paſſa, y no permanece; lo que no tiene lo eſcripto; que ſiempre dura, y eſtà preſente à la viſta; dixolo elegantemente Caſiodoro, *lib.* 11. *Epiſt.* 33. ibi: *Eſt ſcriptura humanorum actuum ſervans fidele teſtimonium, præteritorum loquax, oblibionis inimica: nam memoria noſtra, & ſi cauſas retinet, verba tamen commutat; ilic autem ſecurè reponitur, quod ſemperæ qualiter audiatur. Oratius.*

*Segnius irritant animos dimiſſa per aures,*
*Quam, quæ ſunt oculis ſubiecta fidelibus.*

*Authentica de litig. cap.* 3. *vocem enim præconum pauci poſſunt, qui præſentes inveniuntur, ex audire; edicta verò per multos dies ſic poſita poſſunt pæne*

*omnes*

*omnes agnoſcere.* y el §. *agnationis inſtit. de grad. cognat.* ibi : *Sed cum magis veritas, oculata fide, quam per aures hominum, in figatur.*

3 Reduce el Abogado contrario, à quatro Articulos ſu informe: en el primero, procura manifeſtar, *averſe ſuſtanciado los Autos ſobre la graduacion, con la parte del Eſtado de Alcalà, por cuya cauſa, la Executoria que huvo en ellos le perjudica.* En el ſegundo, intenta convencer, *que eſtà legitimado el derecho del Marquès ; como el averſe hecho excurſion legitima en los bienes libres, que quedaron del Duque de Alcalà Don Fernando.* En el tercero, comprobar, *aver ſido legitimo, y eſtàr bien fundado el Auto de execucion, paraque no obſtante, quanto ſe alegò, y nuevamente ſe ha esforçado por el Eſtado de Alcalà ; ſe confirme.* Y en el quarto, y vltimo, *haze inſtancia, pretendiendo la reformacion, y enmienda del dicho Auto de execucion ; en quanto por èl, ſe denegaron los intereſſes, que aora ſe piden* ; y concluye, *en que ſe mande, que aſsi por ellos, como por el principal, ſe aya de entender la proviſsion de execucion,* que ſolita.

4. A cuyos quatro puntos, ſe procurarà, por el Eſtado de Alcalà, dàr entera ſatisfaccion; fundando en cada vno la defenſa, que le aſsiſte ; y de eſte modo quedarà eſta mas clara opueſta, y contrapueſta en todo à el informe contrario, ſegun el adagio comun : *Purpura iuxta purpuram* : y la regla de derecho, que ſe ſaca de la *ley vnica §. & cum triplici, in principio C. deca ducis tolendis. Bald. in leg. 1. C. quando liceat abemption. diſcerere que, oppoſita iuxta ſe poſita magis elluceſcunt.*

5 Para entrar en eſta defenſa, es neceſſario reſumir, aunque en brebe, ſacandolo del Memorial ajuſtado, el hecho, que ſolo conduce à eſte articulo, que ſigue el Principe Pio Marquès de Caſtel-Rodrigo : porque todo lo demàs, que en tan dilatado Memorial, ſe relaciona de todo el hecho del pleyto del concurſo, à los bienes libres del Duque Don Fernando Enriquez de Ribera : yà no conduce, ſino fuere algo de lo que pareciere tocar del hecho en el punto, ò articulo ſiguiente.

6. Y empezando deſde las dos ſentencias de Viſta, y Reviſta de graduacion del dicho concurſo ; deſpues del primer grado, que en dichos bienes libres ſe diò à el Duque de Medina-Cœli, que como Subceſſor, por cabeza de la Marqueſa Doña Maria Enriquez de Ribera, Duqueſa de Alcalà, ſu muger, ſaliò à el concurſo ; en ſegundo lugar, ſe mandò hazer pago en dichos bienes libres à el Marquès de Caſtel-Rodrigo de 60ꝟ. ducados de principal, para ſu Caſa, y Eſtado; à que los agregò, por via de Vinculacion la Duqueſa Doña Beatriz

de

de Moura, en las Capitulaciones celebradas para el casamiento con el dicho Duque Don Fernando, para en caso de morir, sin hijos, la susodicha; y por mas los reditos, que huviessen corrido, y se continuassen hasta la Real paga, desde el dia de la muerte del dicho Duque; reservandole à el Marquès, y à su Mayorazgo su derecho à salvo, para que no pudiendo cobrar de dichos bienes libres los 50ӯ. ducados, que estaban impuestos con facultad Real, sobre el Estado de Alcalà, siguiesse su justicia contra los bienes vinculados del dicho Estado: y, solamente en la sentencia de Revista huvo la alteracion, de que los dichos 60ӯ. ducados, fuessen 50ӯ. ducados solamente; y que la reserva fuesse, y se entendiesse, no contra los bienes Vinculados del Estado de Alcalà, sino solo contra los reditos de dichos bienes; y que tambien se entendiesse limitada en quanto à 40ӯ. ducados, y no màs, porque los otros 10ӯ. ducados restantes, que fue el importe de las Arras, ofrecidas en las dichas capitulaciones, por ellos se les diò el mismo segundo lugar à la dicha Doña Beatriz, sus herederos, y à quien fuesse por ella parte legitima por resto, y cumplimiento del importe de su Dote, y Arras; y si para estos 10ӯ. ducados, no alcançasen los bienes libres concursados, se le reservò el derecho à salvo à los herederos de la dicha Duquesa Doña Beatriz, contra los reditos de los bienes del Estado de Alcalà, para poder pedirlos, averlos, y cobrarlos.

7. Hizose despues liquidacion por el Relator del Pleyto, à pedimento del Marquès de Castel-Rodrigo, de lo que avia de aver, conforme à las sentencias de Vista, y Revista, como tambien de lo que avia de aver, como heredero de la dicha Duquesa Doña Beatriz; que se presentò en el pleyto, y sin embargo de que el Duque de Medina-Cœli, despues de la aprobacion en Vista, dixo de agravios de ella, mirando solo à los tributos, porque era Acreedor; se confirmò, no obstante por Auto de 5. de Março del año de 653. Memorial num. 46. y 47. aviendosele hecho pago à el Duque de Medina-Cœli, de lo que huvo de aver, como graduado en primero lugar; se pidiò por el Marquès el pago de su credito; y que se notificasse à el Administrador, ò Thesorero de los bienes del Estado de Alcalà, señalasse los que avia libres del dicho Duque Don Fernando, con apercebimiento, que de no hazerlo assi, vsaria de la reserva de las dichas sentencias; y assi se mandò, y notificò à Baltasar de Ribera, Procurador, que era entonces del Duque de Medina-Cœli; que por no aver respondido cosa



alguna,

alguna, se bolviò à instar por el Marquès, y pidiò, que la notificacion se hiziesse à el Thesorero, ò Administrador del dicho Estado, y que fuesse con el apercebimiento, de que vsaria del derecho, que se le tenia reservado; assi se mandò, y se notificò en 23. de Octubre del mismo año de 653. à Don Joseph de Nestares, como Thesorero de la dicha Casa de Alcalà; y vno, y otro consta Mem. num. 48. hasta 51.

8. Y al num. 53. los dichos Don Joseph de Nestares, y Procurador Baltasar de Ribera, pretendieron no tener obligacion à responder à los pedimentos, que se les avian notificado: porque el vno, y el otro, no tenian poder del Duque de Medina-Cœli, y Alcalà, pára responder à muchas demandas, como lo era la intentada por el Marquès, ni tenian noticia de lo que se pedia; por cuya razon, la notificacion dezia ser personal; y no se cumplia con hazerla à ningun Procurador, ni otra persona alguna por el Duque; y no obstante, huvo Executoria de Autos de Vista, y Revista de 29. de Mayo, y 29. de Junio del año de 654. en que se declarò por bien hecha la notificacion à el dicho Don Joseph de Nestares, como tal Thesorero; por quien despues se concediò à su pedimento termino de 15. dias, para consultar à el Duque de Medina Cœli, por la falta de noticias, con que se hallaba; y el dicho Baltasar de Ribera, en nombre de su parte, y sin perjuicio de las defensas que le compitiessen, ni pudiessen causarle otro alguno, señalò por bienes libres del dicho Don Fernando; los que se expressan à el final del num. 53. del Memorial, y concluyò en que se declarasse aver cumplido con su obligación, si alguna tenia, que no se confessaba, y que el Marquès hiziesse sus diligencias, en orden à poner cobro en dichas partidas.

9. Por quien se respondiò, diziendo, no averse cumplido con dicho señalamiento, porque no se representaban los instrumentos, y recados, por donde constasse ser ciertos los dichos bienes; y assi, que la parte del dicho Duque señalasse ciertos, y conocidos bienes, y los titulos, è instrumentos de ellos, para ponerles cobro, con apercebimiento, que se daria execucion contra los del Estado, y Casa de Alcalà: que vistos los Autos sobre este punto, por el que se probeyò en 18. de Agosto del proprio año de 654. se mandò, se le notificasse à la parte del Duque, dentro de 15. dias, justificasse con instrumentos, ser bienes libres del Duque Don Fernando, las partidas señaladas, ò diesse razon porque no lo debia hazer.

10. Y aviendo hecho diligencias la parte del Marquès de

Castel-

Castel-Rodrigo, sobre la execucion de los bienes libres señalados, que se refieren en el Memorial, desde el num. 55. hasta el final del num. 60. A el num. 61. consta, que hechas las diligencias, pidiò se procediesse à la satisfaccion contra los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, en conformidad de la reserva de las sentencias de Vista, y Revista de graduacion, y que para ello se les despachasse provision, para que el dicho Don Joseph de Nestares, en cuyo poder entraban los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, de ellos le hiziesse el pago, tanto de los 40ỹ. ducados vinculados para su Casa, y los reditos de ellos, liquidados, hasta Agosto del año de 652. con mas los que despues avian corrido, como de los 10ỹ. ducados de las Arras, y sus interesses en fuerça de las mismas Executorias de la graduacion, y liquidacion, que le pertenecian como heredero vniversal de la dicha Duquesa Doña Beatriz, su hermana.

11. De que dado traslado, que se le notificò à el dicho Don Joseph de Nestares, quien formò articulo de no tener obligacion responder, porque no era Thesorero del dicho Estado, ni en su poder entraban partidas algunas, y alegò otras razones, à que la parte del Marquès respondiò: se probeyò Auto en 13. de Abril de 656. por el qual, *se mandò despachar Requisitoria, para notificar el pedimento del Marquès, à el Duque de Medina-Cœli, como Administrador del Estado del Alcalà*, y que la requisitoria se entregasse del dicho Nestares, para que dentro de 20. dias hiziesse la diligencia de la notificacion à el Duque en su persona; con apercebimiento, que el termino passado, sin averla traydo notificada, se daria por bien hecha la diligencia executada con el susodicho: y este termino passado, la parte del Marquès, pidiò se declarasse por bien hecha la notificacion, y que se le despachasse provision de execucion por la cantidad contenida en su pedimento: diziendo assimismo no tener obligacion à responder à lo que avia pedido Baltasar de Ribera, à nombre del Estado de Alcalà, por quanto *no legitimaba su persona, ni presentaba poder.*

12. Visto el pleyto sobre estas pretensiones, por Auto de 3. de Febrero de 657. se dixo, *que por aora no avia lugar despachar la provision de execucion pedida por parte del Marquès contra los frutos del Estado de Alcalà*, y se mandò, que la de el Duque respondiesse en los mismos Autos, à los pedimentos hechos por el Marquès de Castel-Rodrigo: consta à el final del num. 63. del Memorial.

13. De cuyo Auto se suplicò por parte del Duque de Medina-Cœli,

Cœli, *presentandose fee de poder, que diò por si, y como Padre, y legitimo Administrador de la persona, y bienes, Estados, y Mayorazgos del Duque de Alcalà, Marquès de Tarifa, su hijo primogenito,* concluyendo, por lo que alegò, que el dicho Auto de Vista, se avia de enmendar, en dos cosas: la vna, en quanto averse mandado, que el Duque de Medina-Cœli, respondiesse derechamente à el pedimento del Marquès de Castel-Rodrigo; y la otra en quanto no se denegò absolutamente, sino con la qualidad de por aora, la provision de execucion: pues siendo la obligacion en fuerça de la Real Facultad, para con los 40ꝟ. ducados, y 10ꝟ. de las Arras, subsidiaria, y condicional, y aver quedado muchos bienes libres del Duque Don Fernando, en los quales huvo para hazerse pago, haziendose legitima excursion en ello, y que esta hasta entonces no estaba exacta, y legitimamẽte hecha; no podia pretender-que la execucion se despachasse; à cuyo fin manifestò la porcion tan considerable de efectos, y bienes libres, que se expressan en el Memorial à el fol. 68. y siguiente; y aviendose ventilado latissimamente este punto, y otros conducentes à el proprio fin en aquella instancia de Revista; concluso el articulo, y visto el pleyto, por Auto de 1. de Febrero de 1658. se recibiò à prueba sobre todo lo alegado por las partes, sin perjuizio de lo executivo, estado, y calidad de la causa: y no aviendose hecho probanças algunas en èl, sino solo alegaciones por vna, y otra parte, y presentacion de algunos instrumentos, se bolviò à vèr el pleyto en 6. de Noviembre de 671. y se probeyò Auto, en que por èl se declarò estàr legitima, y bastantemente hecha por parte del Marquès de Castel-Rodrigo, la excursion en todos los bienes libres del Duque de Alcalà Don Fernando Enriquez de Ribera, y en su consequencia, se manda despachar execucion contra los frutos, y rentas del dicho Estado à favor del Marquès por 47ꝟ388. ducados, y 8. reales vellon, resto de los 40ꝟ. ducados agregados, por via de Vinculo à la Casa, y Estado de Castel-Rodrigo; y de los 10ꝟ. ducados de las Arras pertenecientes à el Marquès, como heredero de la dicha Doña Beatriz Duquesa de Alcalà: y *se declarò no aver lugar despachar la execucion pedida por parte del dicho Marquès, por los reditos, y vsuras de dichas partidas.*

14 De este Auto suplicò, y expressò agravios tambien la parte del Duque de Medina Cœli, manifestando los que se refieren en el Memorial desde el fol. 87. hasta el 94 y presentando assimismo diferentes testimonios para justificacion de algunas de las partidas, de

que

que à el Marquès se le debia hazer cargo; à quien se le diò traslado, procurando responder à todo, à que replicò la parte del Duque, y la del Marquès, tratò de satisfacerle; y porque hasta entonces no constaba de los poderes del Duque de Medina-Cœli, otorgados por si, y como Padre, y legitimo Administrador del Duque de Alcalà su hijo, se pidiò compulsorio, para sacar su traslado, y se mandò dàr, sin embargo de la contradiccion, y el poder se presentò, otorgado en 13. de Octubre de 645. por el Duque de Medina-Cœli, Don Antonio Juan Luis de la Cerda, como Padre, y legitimo Administrador del Duque, y Marquès de Alcalà, por subcession legitima en que lo dà à el Licenciado Don Juan de Sandoval; Abogado de esta Real Audiencia, su Agente mayor, y Thesorero de los bienes, y rentas del Estado de Alcalà, por la Administracion de ellos, y general para pleytos.

15. Señalòse vltimamente dia para la determinacion del articulo pendiente, y visto, se remitiò en discordia à los Señores de la otra Sala, por Auto de 22. de Septiembre de 674. y buelto à vèr en la discordia; por Auto de primero de Febrero de 675. *se recibiò à prueba con termino de 9. dias comunes à las partes*, de que por el Duque de Medina-Cœli, se pidiò cumplimiento à los 80. de la ley, para estas partes, y de 6. messes para Roma, y traer comprobado, vn instrumento de transaccion, que la parte del Marquès, avia redarguido de falso; quien despues, hizo desestimiento de dicha redargacion, que vistos los Autos, se reservò determinar sobre la prueba para Roma, quando el Pleyto se viesse en definitiva: y por vltimo, aviendose quedado en este estado el Pleyto, con los instrumentos, que entonces se presentaron, y aviendo finalmente subcedido en el Estado de Alcalà el Marquès de Priego, Duque de Medina-Cœli, y en el de Castel-Rodrigo, el Principe Don Francisco Pio de Saboya, y declaradòse por no visto el pleyto; en el articulo que quedò pendiente; se ha hecho relacion en todo por el Memorial ajustado, para que la Sala, sobre las pretensiones de las partes, determine.

16 Esto es, lo que substancialmente se saca del dicho Memorial por hecho del pleyto, y pretensiones de ambas partes, para poder la del Estado de Alcalà à vn tiempo, satisfacer à el informe del Abogado contrario, y defender à el Estado; en orden à que las rentas actuales suyas, y que se fueren causando, en mane-

ra alguna eſtàn obligadas à ſatisfacer, à la Caſa, y Eſtado de Caſtel Rodrigo los 47Ʒ388. ducados, y 8 reales, vellon, como ni tampoco los intereſſes, ò vſuras por razon de la retardacion; y que ni en via executiva, ni ordinaria, puede ni debe ſer reconvenido.

17. Ha ſido preciſſo hazer eſte, como ſumario del hecho, para poder decender à las defenſas, ſin el qual no parecieran, en nada ſer adaptables; como lo dixeron los *Emperadores leg. vt reſponſum* 15. *C. de tranſactionibus vt reſponſum congruum accipere poſsis inſere pacti exemplum; ita enim inteligemus*, y de la ley *ſic ex plagijs* 53. *§. in clivo ff. ad leg.* Aqilliam leg. fin. in princip. ff. de jure jurando: ex facto jus oritur. *Barb. in leg. titia num.* 25. *ff. ſoluto matrim; alter Barb. in axiomatib. litt. Y num.* 177.

18. Siguiendo el methodo del informe contrario, en eſte ſe darà à entender, que no ſe han ſubſtanciado los Autos, con la parte del Eſtado de Alcalà, por lo tocante à la obligacion ſubſidiaria de ſus frutos, y rentas; por cuya cauſa, ni entonces pudo, ni aora tampoco, perjudicarle la Executoria, que huvo en ellos. Ni que aſsimiſmo, para quererſe proceder contra dichos frutos, y rentas, ſe ha hecho exacta, y legitima excurſion en los efectos, y bienes libres, que quedaron, y pertenecieron à el tiempo de que de eſte Eſtado fue poſſeedor el Duque Don Fernando Enriquez de Ribera, quando no fueſſe cierto eſtàr ſatisfecha enteramente, y aun con exceſſo la dote, y Arras de la Duqueſa Doña Beatriz de Moura. Y en tercero lugar, no aver ſido legitimo, y por conſiguiente no eſtàr bien fundado en diſpoſicion de derecho en el Auto de execucion, contra los frutos, y rentas del Eſtado de Alcalà; antes ſi eſtos ſe deben dàr por libres, no ſolo de la execucion, pero ni deben ſer convenidos en via ordinaria. Y por vltimo, que juſtiſsimamente ſe denegò la pretenſion de intereſſes, y que no tiene razon aora, ni nunca la tuvo juridica, la parte del Marquès de Caſtel-Rodrigo, para demandarlos, y pedirlos.

## *Primer punto de eſta defenſa, y ſatisfaccion, que ſe dà al primer articulo del informe contrario.*

19. ES inqueſtionable en derecho, que para que las ſentencias, y executorias prueben contra vna parte, y que de eſta queriendoſe defender deſpues, le obſte la excepcion

de

de cofa juzgada,que confte averfe litigado con ella; demàs de que concurran las identidades, que los Jurifconfultos notaron en la *ley cum quæritur 12. cum legibus fequentib. ff. de exceptione rei judicatæ : cum quæritur hæc exceptio noceat nec nec ; infpiciendum eft, an idem corpus fit, quantitas eadem, idem jus, & eadem caufa petendi ; quæ nifi omnia concurrant, alia res eft* ; y lo notaron los Canoniftas in cap. fin. de exceptionib. *D. Salgado latifsime de fuplicat. ad fanctifsimum, 1. p. cap. 12. n.* 18. con los muchos Autores que lo comprueban, porque aun concurriendo todas eftas, fino intervino la mifma perfona, *propriè vel reprefentativè*, en nada lo juzgado le perjudica, *leg. fi cum vno 22. ff. eodem tit.* ibi : *Nam fi eadem quæftio in omnibus judicijs ventatur ; tamen perfonarum mutatio , cum quibus fingulis fuo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit : D.Salg. in laberint. 2. cap. 22. ex num.* 128. donde prueba, que para que *pofsit, aut obftet rei iudicatæ eceptio ; debet concurrere eadem conditio perfonarum vere , vel interpretative.*

20 Que en el cafo de efte pleyto, no fe fubftanciò con el Duque de Medina-Cœli, refpective à el Eftado de Alcalà , y en defenfa de los frutos, y rentas dèl, como marido, y conjunta perfona de la Duquefa fu muger, poffeedora del dicho Eftado, y defpues como Padre, y legitimo Adminiftrador del Duque de Alcalà Marquès de Tarifa fu hijo, en el tiempo, que fe hallaba en la menor edad ; y por configuiente , como Adminiftrador fequeftrario , en que durante el pleyto de la tenuta , fue nombrado por el Real Confejo de Caftilla ; es conftante de los Autos ; pues por efta perfonalidad , no fe encuentra en todos ellos, hafta el año de 656. que fe huvieffe moftrado parte, fi folo acreedor à nombre de la Duquefa fu muger,y defpues del Duque de Alcalà fu hijo,como fu legitimo Adminiftrador, faliendo pidiendo grado en los bienes libres, que quedaron del Duque Don Fernando, por los principales, y corridos de los cenfos, que en fu vida, y con facultad Real el dicho Duque Don Fernando impufo ; por cuya caufa , en la executoria de graduacion à dichos bienes libres, fe le diò el primero lugar , y fegundo en ellos à el Marquès de Caftel-Rodrigo, y Duquefa Doña Beatriz, fu hermana , viuda del dicho Duque Don Fernando, por los 100ц. ducados, de la dote , y 10ц. de la promeffa de las Arras, baxandofe las cantidades, que à quenta fe huvieffen cobrado, y por mas los reditos corridos, y que fe conti-

nuaffen

nuassen hasta la paga del principal, sin añadirse otra circunstancia mas que la de la reserva, assi por lo tocante à los frutos, y rentas de el Estado de Alcalà, por los 40ǂ. ducados, que recaìan en la Casa, y Estado de Castel-Rodrigo, por agregacion à su Mayorazgo; como tambien por los 10ǂ. ducados de las Arras, que componian los 50ǂ. ducados, y no mas, para que en subsidio, y à falta de bienes libres del Duque Don Fernando, quedaron los frutos, y rentas de su Estado, en fuerça de la facultad Real, obligados à esta satisfaccion.

21. Y no dudandose, que en el Duque de Medina-Cœli, por la representacion subcessiva, que tuvo primero de la Duquesa su muger, y despues del Duque de Alcalà su hijo, en cada vno de estos se hallaba con dos separadas personalidades: vna como acreedor, por el derecho de subcession à el Estado de Alcalà, contra los bienes libres, que quedaron del Duque Don Fernando, para libertar à el Estado de los censos, que el dicho Duque, quando le posseyò, impuso con facultades Reales, redimiendose con dichos bienes sus capitales con la paga de sus corridos; y la otra personalidad, como posseedores del dicho Estado, para defenderle de las pretensiones de la Duquesa Doña Batriz, y Marquès de Castel-Rodrigo; de esta segunda personalidad, no consta en el pleyto, averse vsado entonces, sino de la primera de acreedor, en que se obtuvo el grado en el dicho concurso, y esta diversidad de representacion de personas en vn proprio sujeto, mirada à distintos efectos, tiene pruebas muy evidentes en el derecho; y que vsando de la vna personalidad, no perjudica despues, para vsar de la otra, *leg. item eorum 6. ff. quod cuiusque vniversitatis nomine*, ibi: *Quasi Decurio, enim, hoc dedit, non quasi domestica persona, leg. tutor 28. §. 1. ff. de excusationibus tutorum*, ibi: *Cum judicium Patris, vt filius, non vt tutor promeruit, leg. debitor 59. ff. ad trebelian.* ibi: *Quia non quasi hæres, sed quasi mater ex pacto accepit: textus magis notus in leg. tutorem 22. ff. de hijs quæ vt in dignijs*, ibi: *Discreta sunt, enim jura quamvis plura in eamdem personam devenerint, aliud tutoris, aliud legatarij: & cum non suæ personæ jure, sed pupilli acusaverit, propriam pœnam mereri non debet*: late *D. Larr. tom. 1. allegat. fiscal. allegat. 41. num. 3. & tom. 2. allegat. 113. ex num. 4. D. Paz de tenut. cap. 65. ex num. 13. D. Valenz. Velasq. cons. 156. ex num. 78. vbi multa congerit in proposito D. Salg. de suplicat. dicta 1. p. cap. 12. ex n. 11.*

&

*& 2. part. cap.* 15. *ex num.* 16. que vnos, y otros, hablan de el posseedor del Mayorazgo; diziendo, que en èl concurren dos personalidades vna la propria, y otra la del Mayorazgo, que en su posseedor se halla representada.

22 Y assi se halla, que el Duque de Medina-Cœli, desde que saliò à el concurso, nunca manifestò representacion del Estado de Alcalà para defenderle, ni por dicho Estado se le pidiò, ni se le mandò hazer saber cosa alguna; sino que como acreedor à los bienes libres concursados, saliò mostrandose parte para libertarle de los censos, y sus corridos, que con facultades Reales, el Duque Don Fernando avia impuesto: y por ser estos creditos hypotecarios, y anteriores à los demàs acreedores, que concurrieron à los dichos bienes libres, entre los quales fueron la Duquesa Doña Beatriz Viuda, y el Marquès de Castel-Rodrigo, su hermano, por la parte perteneciente à cada vno del credito dotal, y promessa de las Arras, se le diò el primero grado, y lugar por los principales, y corridos de los censos, para hazer su redempcion, y que los bienes, y rentas del Estado de Alcalà, quedassen libres de esta carga.

23. Y bien se vè, que el Duque de Medina-Cœli, como acreedor, que lo era à el Estado de Alcalà, solo saliò à el concurso, y en fuerça de ser tal acreedor, se opuso à el grado que pretendian en los bienes libres concursados la Duquesa Viuda, Doña Beatriz de Moura, y el Marquès de Castel-Rodrigo, su hermano, por los derechos de dote, y Arras que deduxeron, oponiendoles todas las razones, y motivos capazes de alegarse para excluir estos creditos, y principalmente el derecho de prelacion; yà por que se hallaba la dote, y Arras, vno, y otro satisfecho con el summo caudal libre, que avia quedado por muerte del dicho Don Fernando; yà porque quando estos creditos no estuviessen de todo punto enterados, faltaba la excursion en los bienes existentes, que era precissa se hiziesse; yà por otras muchas razones alegadas en el pleyto.

24. Pues no es dudable, que el acreedor en vn concurso puede oponer à los otros acreedores dèl, qualesquier excepciones para impugnar sus creditos, y aun valerse de las mismas defensas, que el reo convenido pudiera intentar, aun sin necessitar de cession suya: *D. Salg. cum multis, in laber.* 1. *part. cap.* 13. §. 2. *num.* 24. *&*



*cap.*

*cap. 40. num.* 10. figuiendo à Acosta, *de privileg. credit. in præf. ad reg. 1. ex num. 94. D. Olea decess. jurium tit. 4. quæst. 3. ex num. 1. & quasi per totam*; que expecifica por menor los casos, en que vn acreedor contra otro puede oponer, y valerse de todas las defensas, y excepciones, remedios, y derechos competentes à su deudor, *etiam sinè eius cessione, & in num. 50. Quod concursu formato, possunt creditores absque vlla cessione debitoris, omnes actiones, & defensiones eidem competentes exercere.*

25. Con que, si todo lo que hizo el Duque de Medina-Cœli, fue pretender primer grado, como lo consiguiò en todos los bienes libres concursados del dicho Don Fernando, oponiendose à el grado, y prelacion que pretendian la Duquesa Doña Beatriz, y el Marquès de Castel-Rodrigo, su hermano; quienes contra el Estado de Alcalà, y sus frutos, y rentas, no pidieron cosa alguna, y mas en especial el dicho Marquès, reconocido su primero pedimento, en que solamente pidiò, y concluyò en el que de dichos bienes libres se hiziesse pago à su Mayorazgo, y con prelacion de los 50U. ducados, que en las capitulaciones matrimoniales en defecto de morir la Duquesa su hermana, sin hijos, quedaban vinculados, para su Casa, y Estado; concluyendo en este mismo pedimento, sin que aya palabra que mire à interesses, ò reditos de la dicha cantidad, como se ponderarà latamente en el quarto articulo.

26. Yà se vè, que ni reconocieron avia derecho para pedir. ni interesses, ni reditos de dicha cantidad, ni que de esta pretendian su pago en otros bienes, que en los del concurso, que fueron los libres, que quedaron por muerte del dicho Duque Don Fernando, y assi por vnas, y otras partes, contra estos bienes libres se siguiò el pleyto, hasta la executoria de graduacion; y despues hasta la liquidacion, que en su execucion se hizo, y vltimamente se aprobò por otra executoria.

27. Y porque de lo dicho resulta, que con el Estado de Alcalà, y los posseedores dèl, por la obligacion subsidiaria, no aviendo llegado el caso de deducirla formalmente en el pleyto del concurso à dichos bienes libres, no se pudo antes de la executoria principal de la graduacion, intentar accion alguna, para que en execucion de ella, se procurasse despues, y pidiesse se despachase execucion contra las rentas, y frutos del dicho Estado de Alcalà, no vencido.

28 Pues

28 Pues para que tenga lugar la execucion, era precisso procediesse de instrumento publico, que le traxesse aparejada, ò de vna executoria, ò sentencia declarada en autoridad de cosa juzgada, litigada con parte formal, que representasse à el mismo Estado, ò fundandola en otros de los demàs modos, que el derecho, y leyes del Reyno previenen, para que tengan lugar las execuciones, que juntaron los practicos, y *Reynicolàs sobre la ley 1. y 2. otras subsiguientes del tit. 21. del lib. 4. de la Recop.* nada de lo qual se halla à favor del Marquès de Castel-Rodrigo, para que se huviesse despachado la provision de execucion, como mas por menor se dirà, llegando à tocar este punto, y mucho menos para que aora se insista en que tambien se aya de despachar por los interesses, que han corrido en tan dilatado transcurso de años; como al vltimo punto de el papel contrario, se responderà, y en su lugar en este, quando ni la facultad Real los contuvo, ni tal se pensò entonces, ni era verosimil. *argum. test. in leg. ex facto 43. ff. de vulgari,* ibi: *Neque enim aut patrem, aut Principem de hoc casu cogitasse, veri simile est,* ni ay palabra en toda la facultad, que tales interesses diga, ni la mente del Principe que la concediò, se extendiò à tal cosa, *argum. leg. Mænia 44. ff. de manumissis testam.* ibi: *Neque contextum verborum totius escripturæ; neque mentem testatricis eam fuisse.* Y si el Principe huviera assi querido expressarlo, gravando à el Estado con semejantes interesses, lo huviera hecho, *leg. vnica. §. 11. in fin. C. de caducis tolendis,* ibi: *Nam si contrarium volebat, nulla era dificultas, coniunctim ea disponere, cap. ad audientiam dedecimis;* y la parte, que la facultad impetrò, pudiera en la suplica aver prevenido esta circunstancia, *argum. leg. quidquid adstringuendæ 99. ff. de verborum obligat.* ibi: *Quia stipulatori liberum fuit, verba latè concipere.*

29. Mayormente, quando estas facultades son en substancia, y en la realidad, dispensaciones, y tienen fuerça de tales, y como tales se juzgan, y consideran, y son *strissimæ naturæ, & in stricliori sensu admitendæ, & interpretandæ, vt in cap. fin. de Simon.* y assi limitada la facultad que se concede, à cierta cosa, cantidad, causa, ò persona; no se puede estender, ni ampliar, *ad aliam rem, personam, quantitatem, aut causam, quia limitata causa, limitatum producit, in leg. age, ff. de adquir. rer. domin. leg. can. cella vetat. ff. de his quæ in testam. del. l. age cum Geminiano C. de transact. optime ad*

rem

*rem D. Larrea deciss.* 37. *n.* 11. y elegantemente lo prueba *D. Salg. in liber. cred.* 2. *p. cap.* 4. *ex n.* 12. *quien ex n.* 14. *cum mult. seqq.* siguiendo à el señor Molina *de primog. lib.* 4. *cap.* 5. *per tot. max. ex num.* 10. *& ad eum Addent. Rodrig. Felician. Fontan.* Habla de las facultades Reales que se impetran por los posseedores de Mayorazgos, para pignorar, hypotecar, y gravar los bienes vinculados, que no pueden ampliarse, ni estenderse *nec in minimo,* à mas que lo en ellas literalmente se concede.

30. Y no diziendo aqui mas sobre este punto; por quedar reservado para adelante, en el lugar, que segun lo propuesto, le corresponde; solo aqui toca expressar, que la executoria de graduacion que se pronunciò à los bienes libres del Duque Don Fernando, que eran solo los concursados, ni la liquidacion que despues se hizo, y que por Autos de Vista, y Revista, quedò Executoriada assimismo; han podido damnificar à los posseedores subsiguientes del Estado de Alcalà, y en especial à los Duques de Medina-Cœli, en el tiempo que lo gozaron, y mucho menos el actual posseedor Marquès de Priego, Duque de Medina-Cœli, ni poder en los frutos, y rentas, el Marquès de Castel-Rodrigo, intentar el pago que pretende.

31 Cierto es, que las Executorias, y sentencias declaradas por passadas en autoridad de cosa juzgada, traen su execucion aparejada contra las personas, con quienes se litigaron, y los bienes comprehendidos en ellas, *per leg. post. rem judicatam* 56. *lex fin. ff. de re judicat. leg.* 1. *C. de execut. rei judicatæ. Azev. in leg.* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recopilat. ex num.* 14. *Paz in pract.* 1. *tom.* 4. *part. cap.* 1. *Carleb.* con todos los practicos Raynicolas hasta su tiempo, *de judicijs tom.* 2. *tit.* 2. *disput.* 8. *num.* 2. pues de no executarse las executorias, que es el fin à que se dirigen, no se le daria à los pleytos, y se harian las causas immortales *leg. properandum C. de judicijs cap. finem litibus de dolo, & contumatia, cap. Pastoralis §. si verò renunciatum: de causa possessionis, & propietatis, cum conler. de prossessu executivo,* 3. *part.* 11. *num.* 25. *tenet idem Carleb. dicta disput.* 8. *num.* 5. y assi es consiguiente de la Executoria, la execucion de ella, *leg. singulis controversis, singulas actiones, unum judicati finem sufficere* 6. *ff. de exsecutione rei judicatæ*; que prosigue diziendo: *Ne aliter modus litium multiplicatus, summam atque in explicabilem faciat difficultatem*; cuyo inconveniente fue la ley à atajar.

32 Con

32 Con que no aviendose litigado contra el Estado de Alcalà por lo tocante à los frutos, y rentas de sus bienes, el juycio para la graduacion en el concurso à bienes libres del Duque Don Fernando, assi por los 40ӯ. ducados, de parte de la Dote de la Duquesa Doña Beatriz de Moura, como por los 10ӯ. ducados de la promessa de las Arras; no pudo obstarle à el dicho Estado la Executoria de graduacion: pues para ello era precisso, que constando estàr yà muy plena, y exactamente justificado, no aver quedado bienes libres algunos, assi litigiosos, como otros diferentes, con plena exeursion en ellos, aunque se hallassen de dificultosa exsaccion; mediante, que los frutos, y rentas del Estado, en fuerça de la facultad Real, quedaban in subsidium, y como fiadores condicionales de los bienes libres, segun lo que latissimamente tocò el señor Salg. *in laberint. 1. part. cap. 23. num. 89. & fin.* remitiendose à el *cap. 25. eiusdem part. ex num. 26.* de modo, que afirma en el *29.* remitiendose tambien à la *3. part. cap. 4. num. 58.* por la regla, de que *res judicata non facit in ijs quæ tempore mutantur ex leg. ab arbitrio, ff. qui satis dare cogantur,* que la sentencia dada sobre execucion de bienes, en que se declarò *Stare vel non stare bona debitoris; nunquam transit in rem judicatam: quodminus bonis supervenientibus vel deficientibus, ex aliquo accidenti, possit iterum refricari eadem excutionis exceptio, & judicitium,* para que sita à *Maranta, Carrosio, Negusansio, y à Vicentio de Franquijs,* que pone sus palabras.

33 Pues lo contrario de lo que queda referido (si se practicase) fuera alterar la disposicion de derecho, y postegar el orden por el dispuesto; empezando por lo vltimo, que era proceder contra los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, fiador subsidiario, y condicional, dexando por vn lado libres, y sin la debida excursion, los que como tales eran primaria, y principalmente obligados; y tuviera en tal caso lugar lo que por equidad, aunque *subdubio,* resolviò el *señor Molin. de Hispan. primog. lib. 4. in cap. 7. ex num. 17.* cuyos addicionadores, y el *señor Salgado,* siguiendolos, y à *Sarmiento. Avendaño, P. Molin. Azeved. D. Castill. tom. 4. cap. 26. à num. 29. cum multis sequentibus Noguer.* y otros acerrimamente impugnan *in dict. laberint. part. 2. cap. 5. ex num. 20.* quien en el *num. 22.* dize, *que revera ipse D. Molin. pro contraria opinione, secure, saltim, allegari non potest; cumipse numquam in ea firmiter locu-*



*tus*

*tus fuit; sed semper trepidè, & subdubio*; pues à el *num.* 31. *in fin.* avia concluìdo, diziendo en dicha question: *Quod cum similis casus acciderit, de his deliberandum erit.*

34 Dà justo motivo à este verdadero discurso lo que se halla executado en el pleyto: pues si huviera tenido por parte formal à el Duque de Medina Cœli, que era entonces como marido de la Duquesa de Alcalà, la qual se hallaba posseedora de este Estado para que le huviesse venido representando en aquel pleyto, ò como Padre, y legitimo Administrador de su hijo, en quien recayò la subcesion de este Estado; despues, que cayò la executoria de graduacion, y la de la liquidacion, que en su execucion se hizo; luego, y sin mas diligencia, dandose por hecha la excursion, se huviera passado, como el Marquès lo pidiò, à executar, y embargar los frutos, y rentas de este Estado, para el pago de la deuda, è interesses de ella, como sequela consecutiva à las executorias; y no sucediò asi.

35 Pues en el mismo año esta vltima executoria, que fue en Março de 653. pidiò el Marquès de Castel Rodrigo, el pago de su credito graduado, y que se notificasse à el Thesorero, ò Administrador, que entonces era de las rentas del Estado de Alcalà, señalasse para ello bienes libres de los concursados, con apercebimiento, que de lo contrario vsaria de la reserva que se le dexò contra dichas rentas, y frutos; y aunque asi se mandò, y notificò à el Thesorero Don Andrès de Nestares, en 23. de Octubre del mismo año; por quien el Procurador, dixo; no tener obligacion à responder, y huvo executoria de Autos de Vista, y Revista de *29. de Mayo, y 29. de Iunio de* 654. en que se declarò estàr bien hecha la notificacion à el dicho Thesorero; despues de cuyo tiempo la parte del Marquès hizo algunas diligencias de excursion en bienes libres: vltimamente todo lo mandado en este particular, hasta entonces, quedò alterado, y elidido; aviendose buelto à ver los Autos con vista de las alegaciones de las partes; con el que se probeyò en 13. *de Abril de 656.* en que se mandò despachar provision requisitoria para hazer saber en persona à el Duque de Medina-Cœli, la pretension del Marquès, que es en lo que vino à parar todo quanto hasta entonces por su parte se avia pretendido.

36 Con es precisso, que se diga, para que constantemen-

te

te por ser cierto se tenga, que desde que se probeyò este vltimo Auto, y se hizo su notificacion, y no antes, tuvo principio el litigio con el Estado de Alcalà: pues à no averse tenido por precissa la notificacion personal, que se mandò hazer; bastaba lo executoriado hasta entonces, para que à el Estado, y su posseedor pudiera perjudicarle: y asi todo lo antecedentemente determinado; como cosa sucedida *inter alios*; no ha podido obstarle à el dicho Estado: quando como queda ponderado, no se litigò con èl. *ex leg. de vno quoque leg. sæpe, ff. de re judicat. de quo est regul. juris expressa, & toto titulo C. res inter alios acta, cap. interdilectos de fide instrumento leg.* 20. *tit.* 22. *partit.* 3. *D. Covarr. practicar. cap.* 13. *num.* 4. *& cap.* 14. *num.* 15. *&* 16. *Menchac. qq. vsu frequent. cap.* 23. *ex num.* 13. *Cardin. Tusc. litt. R. conclus.* 264. *& sequent. Gracian. tom.* 4. *cap.* 736. *num.* 5.

37 Y es prueba evidente de que desde el principio del concurso, y hasta el citado Auto *de* 13. *de Abril de* 656. en que se mandò notificar en persona à el Duque de Medina-Cœli, la pretension del Marquès de Castel Rodrigo, de que *hiziesse señalar* bienes libres, y desembarazados en que hazer la excursion para proceder à el pago de su credito, con termino, *que se señalò*, para ataxar dilaciones; no empezò à sustanciarse con la parte del Estado de Alcalà, el convenir à los frutos, y rentas del dicho Estado, para vsar de la reserva de la executoria de graduacion; se manifiesta aun desde el primer pedimento, que el Marquès diò, quando saliò à el concurso; pues en èl pidiò, que se le mandase dàr grado, y preferir por el derecho adquirido à su Vinculo, y Estado de Castel-Rodrigo, en todos los bienes libres, que huviessen quedado del Duque de Alcalà Don Fernando, para el pago, y agregacion à su Estado; de los 50U. ducados, que en las capitulaciones matrimoniales hizo de ellos agregació la Duquesa Doña Beatriz de Moura, para en caso de no dexar de su matrimonio hijos, ni descendientes legitimos: y en este pedimento, que firmaron los Abogados, Antonio Perez, y Duran de Torres, tan conocidos, por su literatura, y practica, ni en las demàs peticiones que despues se dieron; ni se protestò pedir à falta de bienes libres contra los frutos, y rentas del dicho Estado, ni se pidieron interesses, vsuras, ò reditos de dicha cantidad; por reconocer, que segun lo limitado de la facultad Real concedida, ni se debian, ni so podian pedir.

38 Me-

38 Mediante lo qual, por averſele reſervado, en la executoria de graduacion, à el dicho Marquès de Caſtel-Rodrigo, el derecho à ſalvo, contra los frutos, y rentas del Eſtado de Alcalà, para que no pudiendo cobrar de los bienes libres los 50ꝗ. ducados procedieſſe contra los frutos, y rentas menſionadas, aſsi por los 40ꝗ. ducados, que ſe avian de agregar à el Mayorazgo de ſu Caſa, como por los 10ꝗ. ducados de las Arras, que como à heredero de la Duqueſa Doña Beatriz ſu hermana le pertenecian en fuerça de la facultad Real obtenida à eſte fin; no por eſto le quedò eſte derecho radicado; lo vno porque no aviendolo aſsi pedido, no pudo comprenderlo la executoria; y en eſte eſtado de vſar deſde luego de èl, por ſer regla conſtante de derecho: *Quod ſententia debet eſſe conformis libello; nec judex vltra petita à parte condemnare poteſt leg. vt fundus* 18. *ff. commun. dividund.* ibi: *quia vltra id, quod in juditium deductum eſt, excedere poteſtas judicis, non poteſt. leg. fin. C. de fideicom. libertat. cap. licet Heli. de ſymon. Vanc. de nullitat. ex defectu proceſſus, num. 97. Azev. in leg. 10. ex num. 115. tit. 17. lib. 4. Recop. Barboſ. in leg. cum dotem in princip. num. 44. ff. ſolut. matrim Valaſc. conſult. 145. à num. 8. D. Caſtill. controv. tom. 5. part. 2. cap. 104. num. 32.* como porque, aun quando no ſe les opuſiera tan juſto reparo à dicha reſerva: *illa nihil addit, nec tribuit parti, ad quam conceditur, ſi non habebat jus: quia natura reſervationis eſt, nec tribuere parti jus, neque auferre, ex Bald. in authent. interdicimus, C. de Sacro Sanct. Eccleſijs, cum multis. Noguer. allegat. 25. num. 142. D. Salg. in laberint. 2. part. cap. 6. num. 64.* lo qual mas ex profeſſo ſe esforçarà en el lugar proprio ſuyo.

39 Y aunque repidas vezes ſe ha replicado, y aora tambien, que mediante el poder, que vltimamente ſe puſo en el pleyto, otorgado el año de 645. por el dicho Duque de Medina-Cœli, que fue antes de la executoria de graduacion, y de la liquidacion en ſu virtud hecha, yà era parte para la vno, y lo otro; y aſsi à el Eſtado de Alcalà le parò perjuizio; pues ſe avia ſubſtanciado con èl, que en aquel tiempo por repreſentacion de la Duqueſa de Alcalà ſu muger era parte formal.

40 Nada de eſto es eſtimable; porque lo primero, aunque eſtuvieſſe deſde aquel año otorgado poder, como Padre, y legitimo Adminiſtrador del Duque Marquès de Alcalà, à el Licenciado Don Juan de Sandoval, Agente mayor, y Theſorero,

para

para la administracion de los bienes, y rentas del dicho Estado, y general para Pleytos, no constaba, ni se puso en los Autos, en todo el tiempo de la sustanciacion, y determinacion de este concurso; Lo segundo que dicho poder, no era, ni fuera bastante para defender à el dicho Estado, por averse otorgado à otro fin muy distinto, como Padre, y legitimo Administrador, que era el Duque de Medina Cœli, de la persona de su hijo, bienes, y rentas de aquel Estado, y sus Mayorazgos para su cobrança, y litigar en esta razon, y no fue otorgado como Administrador sequestrario del Estado de Alcalà, encargada esta administracion con fiança, durante el pleyto de tenuta, que estaba pendiente en el Real Consejo, para que por solo este poder otorgado, se quisiesse considerar ser el Duque de Medina Cœli, parte por representacion del Estado de Alcalà, en la defensa de sus frutos, y rentas; y lo tercero, que el mismo Marquès de Castel-Rodrigo, alegò, que no era parte el Procurador Balthasar de Ribera (que era en quien estaba subsistituìdo el poder) por el dicho Duque, para lo que en su nombre pedia, y que asi no tenia obligacion à responder à lo que en su nombre venia expressando: y fuera de esto, dexar en el mero arbitrio del Marquès, querer vnas vezes à la parte del Duque por formal para lo que le tenia quenta, y que quedasse perjudicado el Estado; y por otra, que no fuesse parte para reconvenirle.

41 A que conduce lo que dixo el Jurisconsulto *Paul. in leg. 3. §. Si prætium, ff. mandat: quod iniquum erat, non esse mihi cum illo, actionem, si nollit; illi verò si vellit, mecum esse*, de que à otro equivalente fin, se valiò de ella el *señor Olea tit. 4. in miscellanea, num. 29.* trasladando sus palabras; y el mismo Consulto, *in l. si ita 39. §. Sequens illa quæstio, ff. de oper libertor*, ibi: *Quia non debet ex parte obligationem comprobare ex parte tamquam de iniqua queri, leg. 7. ff. de bon. libert.* ibi: *Nam absurdum videtur, licere eidem, partim comprobare iudicium, partim evertere.*

42 Con que siendo distintas personalidades, las que pueden hallarse, y concurrir en vn proprio sujeto, no se puede sacar ilacion por argumento de vna personalidad para la otra, en orden à perjudicar los derechos que separadamente à cada vna pertenecen; por la regla de la *l. fin. ff. de calumnit. l. Papinianus exuli, ff de minorib.* que *à separatis non fit illatio; & quod separatorum, separata est ratio de qua Bald. in l. cum necessitatem, C. de fideicommiss.*

*commiss. Marius, Anton. lib. 1. variar. resolut. 111. n. 4. Gracian. discept. 515. n. 6. cum qq. & alijs, D. Salg. in laber. 1. part. cap. 9. num. 1. & 2.*

43 Y assi concurriendo en la Duquesa de Alcalà, muger del Duque de Medina-Cœli, que era entonces, y despues por muerte de la susodicha en el Duque de Alcalà, su Hijo menor, y subcessor en este Estado, las dos distintas personalidades, de que podia vsar el Duque de Medina-Cœli, marido, y Padre de estos dos posseedores; bien se vè en toda la serie del pleyto del concurso, à los bienes del Duque Don Fernando Enriquez de Ribera, que de la que solo se valiò, fue de la de Acreedor el Estado à dichos bienes libres para libertarle de los Censos impuestos con facultades Reales sobre los frutos, y rentas del dicho Estado, y por ellos fue dado el primero grado, y lugar en el concurso; y no de la personalidad de posseedora la Duquesa, y despues el Duque de Alcalà su hijo, para responder, y defender los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, de las pretensiones deducidas por la Duquesa Doña Beatriz de Moura, y por el Marquès de Castel-Rodrigo, su hermano; pues sus pedimentos, y demandas, no se reducian à mas, que à que de los bienes libres concursados del Duque Don Fernando, se les hiziesse pago de sus creditos, con prelacion à los demàs Acreedores à dichos bienes libres, limitando solo à lo referido sus pretensiones, que no pudieran entonces estenderlas à mas, *ex regula iuris, quod limitata causa limitatum producit effectus. Gutier. pract. lib. 3. q. 31. num. 7. Gonzalez, ad reg. 8. §. 5. prœmial. num. 7. Barb. cum multis axim. litt. C. num. 48. de qua ante num. 29.*

44 Siendo la razon, que como dichos bienes libres eran los principalmente obligados à la restitucion de la Dote, y Arras en los casos por derecho prevenidos; y los frutos, y rentas del Estado, solo hasta 50ꝧ. ducados, condicionalmente, y como fiadores subsidiarios, y de indemnidad para en caso de faltar totalmẽte bienes libres, los que avian de quedar afectos; nunca se pudiera passar à convenir estos, sin verificarse la condicion, con vna exactissima, y rigorosa excursion en vn juizio ordinario executoriado, efectuada, y substanciada con parte legitima, que lo era el mismo Estado representado por su posseedor, con esta personalidad de tal *de quo sup. num. 32.* que en este caso venia à ser reo convenido; lo que no sucediò en el pleyto de aquel concurso,

que

que el posseedor por el Estado de Alcalà, saliò como actor, intentando la accion de convenir, y pedir, que de los bienes concursados se hiziesse pago para que los del Estado, y sus frutos, y rentas quedassen libres, del gravamen de los censos, que el Duque Don Fernando, avia antes de las capitulaciones matrimoniales otorgadas, impuesto con facultades Reales.

45 Es prueba evidente de no aver perjudicado à el Estado la Executoria de graduacion, contra los bienes libres, no aviendose litigado contra los frutos, y rentas de èl, obligados, y no la propriedad de los bienes, y aver sido à quella obligacion condicional, y subsidiaria; segun la clausula de la Facultad Real, notada en el Memorial fol. *9. ad finem*: que son sus palabrs: *Para que obligando primeramente à la restitucion, y paga de la dicha Dote, y Arras, los bienes libres que al presente teneis, y adelante tuvieredes: por si aquellas no bastaren, podais obligar los frutos, y rentas del dicho vuestro Estado, y Mayorazgo, y no la propriedad dèl, por la parte que de màs de los bienes libres fuere menester à los dichos 20U. ducados de lo que assi os dàn en* Juros *de à catorze, y los otros 20U. ducados de joyas, vestidos, y ajuar de casa, y 10U. ducados de las dichas Arras*, el vèr, que antes de la dicha graduacion, no se pidiò en fuerça de esta subsidiaria, y condicional obligacion, cosa alguna, contra los frutos, y rentas de el Estado.

46 Ni pudiera pedirse por la naturaleza de la misma condicional obligacion; pues hasta estàr hecha en los bienes libres, aunque fuessen de dificultosissima exaccion, la total excursion, no estaba nacida, ni producida la accion, contra los frutos, y rentas obligados ad instar de vna fiança subsidiaria, y de indemnidad; *arg. tex. in l. Pater filium 38. ff. de leg. 3.* ibi: *Si non erit aliud in hæreditate, vnde debitum exoluisset authent. res quæ C. comm. de legat.* ibi: *Si liberis, portio legitima non sufficit*, y *Antonio Gomez*, en sus varias, *tom. 2. cap. 11. num. 3. cum leg. final. ff. de reb. creditis*, aun no tuvo por proprio fiador al que se obliga a lo que el principal deudor no pudiesse, ibi: *Proprie non est fidei iussor. nam fideiusor. est ille qui se obligat simpliciter, ad id, quod principaliter est obligatus; sed iste non obligatur, nisi ad illud, quod à principali exigi non possit; ergo non est fideiusor, si totum exigi potest, in nullo est obligatus.*

47 Y *D. Salg. in laberint. 1. part. cap. 23. num. 83.* hallando del fiador condicional, ò subsidiario, que este *quando cumque*

potest

*potest oponere creditori, exceptionem excutionis, tam post litem contestatam, quam post sententiam, & in eius executionem*, lo que no milita en el fiador de contracto simpliciter, que la ha de oponer *ante contestationem litis*, prosigue diziendo, aviendo hablado del fiador de contracto: *Ab hac regula excipitur fideiusor indemnitatis, cuius obligationis substantia conditionalis est à principio, acque ideo ante conditionem purificatam actionata non est*, y lo proprio cum *Bart. & Alexandr.* afirmò *Azev. cons* 35. *Quod creditor in tali casu, non facta excutione, dicitur, agere sine actione, & ideo repelendus*, y lo mismo *Gutierr. de iuram. confirm. lib.* 1. *cap.* 23. *num.* 22.

48 Con lo qual se satisface, y queda respondido à quanto se dize en el papel contrario, y doctrinas que se aplican desde el num. 15. hasta el 28. de la diferencia del fiador de juizio al fiador de contracto con los lugares que se citan de *D. Larrea de Guzman de eviction.* de *Escobar de ratiocin.* y de *Hermosill. in l.* 32. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.* 3. & 4. *num.* 62. y hablando del segundo, si es necessaria la citacion personal, para que le perjudique el pleyto que se sigue con el deudor à quien fiò, para no alegar ignorancia, bastando la ciencia que tuvo, aunque fuesse extradujudicial; y que lo mismo milita en el tercero posseedor particular, que si tuvo de qualquier modo ciencia, y noticia del litigio, en que el deudor fue vencido, no pueda ser oido despues, ni admitirsele apelacion, para que viene citado. *D. Salg. de reg. prot.* 4. *p. cap.* 8. *num.* 80. *D. Valenç. Velasq. tom.* 2. *cons.* 121. *ex num.* 152. *ad* 157.

49 Porque estos lugares, y doctrinas, que son ciertas, hablan de el fiador simpliciter, de contracto: pero no de el condicional subsidiario, y de indemnidad, que hasta estàr hecha, exacta, y verdadera excursion en todos los bienes del principal deudor, aunque se hallen intrincados, litigiosos, y en concurso, es necessario, que todos falten para passar al recurso contra semejante fiador, sin bastar que tenga noticia, yà sea extrajudicial, yà judicial antecedentemente, pues la accion contra èl no nace à principio, sino ex post facto, evaquada totalmente la excursion exactissima.

50 Y para lo cierto, y seguro de esta respuesta, de màs de lo dicho hasta aqui, basta para mayor apoyo, lo referido en el Memorial num. 31. de que aviendo la Duquesa Doña Beatriz, pendiente en esta Real Audiencia el pleyto de Acreedores à los bienes libres del Duque Don Fernando, su marido difunto; y

con

con testimonio del dicho pleyto, recurrido à Madrid, y presentado ante vno de los Alcaldes de Casa, y Corte, la Escriptura de Dote, y pedido execucion contra los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, por los 110y. ducados que importaban con las Arras, fundando su pretension, en que con la formacion del concurso constaba estàr hecha legitima excursion en los bienes libres, y con este motivo, no obstante, la contradicion que entonces se hizo por el Duque de Medina Cœli, aver conseguido, que se despachasse la execucion por 50y. ducados, y no aver lugar despacharse por los 60y. ducados restantes, sin duda por reconocer, que à estos en virtud de la Facultad Real, no estaban obligados los frutos, y rentas del Estado, de este Auto por el Duque de Medina Cœli, se apelò al Real Consejo, y por vno de 6. de Diziembre de 642. se mandò remitir el pleyto à esta Real Audiencia, donde estaba pendiente el de Acreedores à los bienes libres, donde la Duquesa acudiesse à pedir el pago de su Dote. Con que se vè, que no bastò constar de la excursion de dichos bienes, por la formacion, y pendencia del concurso, para que se tuviesse por bastante, sino que se mandò, que à èl acudiesse, y contra dichos bienes libres solicitasse la satisfaccion.

## ARTICVLO SEGUNDO.

51 EN este Articulo segundo, en que como mas principal para fundamentar la execucion, que pidiò el Marquès de Castel-Rodrigo, como subcessor en su Casa, y Estado, y como heredero de la Duquesa Doña Beatriz, que oy prosigue por los mismos titulos el Principe Pio de Saboya, Marquès de Castel-Rodrigo, ha tratado de fundamentar su derecho, y excluir las excepciones, que contra la misma execucion se opusieron por el Duque de Medina-Cœli, en la suplicacion, y expresion de agravios, que de aquella providencia se hizo, con las alegaciones de hecho, y de derecho, que contiene su pedimento referido à el fol. 87. de el Memorial, fundandolas en las clausulas de las Capitulaciones matrimoniales, y Facultad Real, è instrumentos, que presentò, y siguen hasta el fol. 93. y à el fol. 98. y 99. divide la respuesta en su papel, è informe de derecho en tres puntos, y alegaciones, que son las que dize aver hecho el Estado, y à que pretende dàr satisfaccion.

52 La primera, ſobre la ſubſiſtencia de el gravamen, que en las Capitulaciones matrimoniales le puſieron los Marqueſes de Caſtel-Rodrigo, à la Duqueſa Doña Beatriz ſu hija, en ſu legitima, à beneficio de la Caſa, y Mayorazgo de Caſtel-Rodrigo, y ſe dize, que como ſe dirige à la raiz, y origen de el credito deducido por el Marquès, la impugnacion de eſte gravamen, que por el Eſtado ſe ha hecho, ſi fuera juſtificada, y fundamental, pudiera vacilar, y enervar la execucion.

53 En la ſegunda alegacion, trata de hazer valido el pacto, y ſubſiſtente la diſpoſicion, por averſe verificado la condicion de morir ſin hijos la Duqueſa Doña Beatriz.

54 Y en la tercera eſtàr baſtantemente excutidos los bienes de el Duque Don Fernando, y aver llegado el caſo de executarſe la obligacion ſubſidiaria de el Eſtado en ſus rentas, y frutos.

55 Y ſin embargo de los fundamentos, y pruebas de derecho, con que por el Marquès de Caſtel-Rodrigo, ſe pretenden excluir las alegaciones, y defenſas de el Eſtado, y comprobar lo legitimo de la execucion mandada deſpachar contra ſus rentas, y frutos, por el Auto de 6. de Noviembre del año paſſado de 1671. inſerto en el Memorial, fol. 86. y 87. por 50ꝧ. ducados, los 40 de parte de los 50ꝧ. de la Dote de la dicha Doña Beatriz, que quedaron gravados à favor de el Eſtado de Caſtel-Rodrigo, en caſo de morir ſin dexar hijos, ni deſcendientes legitimos, y los 10ꝧ. ducados de las Arras, como heredero por cabeza de Don Manuel de Moura, Padre de la Duqueſa Doña Beatriz, rebaxandoſe de los 50ꝧ. ducados, las dos partidas, vna de 2ꝧ. ducados, y otra de 612. y reales de vellon, que el Auto contiene.

56 Reſponde el Eſtado, no ſubſiſtir los fundamentos de el Marquès, Principe Pio, ni ſer baſtantes, ſegun el eſtado, calidad, y naturaleza, aſsi del credito deducido, como de los Autos, para incluirlos en obligacion alguna, ni para convenirſele en via, y juycio ordinario, ſobre que cayò el Auto llano de prueba, viſto el pleyto en diſcordia en 1. de Febrero de el año paſſado de 1675. fol. 97. de el Memorial; y mucho menos en via executiva, como el Marquès ha pretendido, y pide el Principe Pio, por el medio de la confirmacion del Auto antecedente de execucion.

57 Y aunque à prima facie podrà parecer dificil el aſſumpto, à viſta de la Executoria de graduacion, que huvo en eſte pley-

to

to, en los años de 650. y 652. num. 43. y 45. de el Memorial, por la qual, se mandaron pagar en segundo lugar à el Marquès de Castel-Rodrigo, 50U. ducados, con sus reditos, de parte de dicha Dote, para que se incorporassen en su Casa, y Mayorazgos, los 40U. ducados, con la reserva de que no pudiendolos cobrar de los bienes libres de el Duque Don Fernando, siguiesse su justicia contra los frutos, y rentas de su Estado de Alcalà; y en el mismo lugar se pagassen à la Duquesa Doña Beatriz, los 60U. ducados restantes, los 50U. de resto de dicha su Dote, y los 10U. de las Arras; y para la cobrança de estos 10U. se le dexò la misma reserva, rebaxandole las partidas, que la Executoria contiene, y absolviendo de las demàs partidas, que los Acreedores pretendieron, y oponian à la Duquesa, y à el Marquès de Castel-Rodrigo.

58 No obstante la dicha Executoria, se repite la instancia legitimamente por el Estado por diferentes medios legitimos; el primero, por no obstarle la Executoria, por lo discurrido, y fundado en el primer Articulo; el segundo, porque aviendose de determinar, y juzgar el pleyto, attenta veritate, segun la *l. 10. tit. 17. lib. 4. Recop.* todas las vezes, que constare, ser legitimas las defensas, y excepciones, que por el Estado se han opuesto, exonerarse de la obligacion de la paga de los dichos 50U. ducados, se debe diferir à ellas; y quando, aunque le pudiesse obstar la Executoria, por modificacion de ella se debian admitir: vt fundat Carlev. *de iudic. tit. 3. disp. 17.* & D. Salg. *de Reg. prot. 4. part. cap. 3. à num. 39.* con todos los que cita; y sobre todo, quando por los mismos Autos, y providencias posteriores de la Sala estàn yà admitidas, aviendose recebido el pleyto à prueba por el de 1. de Febrero de 675. fol. 97. en la instancia de suplicacion de el Auto de 6. de Noviembre de 671. en que se declarò por legitima, y bastante la execursion hecha en los bienes de el Duque Don Fernando, y en su consequencia se mandò despachar la execucion por los 50U. ducados, 40. de la Dote, y 10. de las Arras contra sus bienes, y rentas, y sin reditos, con la rebaxa, que à el Marquès se le hizo de 2612. ducados, y 8. reales de vellon, y mediante la retardacion, y suspencion, que ha tenido el pleyto desde el año de 676. que vltimamente se viò, sobre si se avia de conceder el termino, que el Duque pidiò, para hazerla en Roma, que se reservò para difinitiva, fol. 97. del Memorial,

se

ſe hazia mas preciſſo tomar mayor conocimiento, ſobre lo fundamental de el credito, y obligacion de el Eſtado.

59. Siendo para ello preciſſo ſuponer el origen, que trae, y la que ſe contraxo en fuerça de las Capitulaciones matrimoniales, y Facultad Real, con lo que *ex poſt facto*, ha ſucedido, para recaer en no aver alguna, que dirigir contra los bienes, y rentas de el Eſtado, y el Marquès Duque actual ſu poſſeedor.

60. Y atendiendo à dichas Capitulaciones matrimoniales, por ellas ſe pactò, aver de llevar la Dugueſa Doña Beatriz, à el matrimonio 100ӯ. ducados, que ſus Padres le prometieron: los 80ӯ. y 24. en las partidas de Juros, y tributos, que ſe refieren en el num. 2. de el Memorial, y los 20ӯ. menos 24. cumplimiento à los 100. en joyas, plata, ajuar de Caſa, y veſtidos, y el Duque Don Fernando le prometiò 10ӯ. ducados en Arras, ſacandoſe Facultad Real para ſu aprobacion, en lo que excedieſſen de la dezima de ſus bienes, y por ſer menor el Duque, y ſe pudieſſen obligar los del Eſtado à la paga. Y tambien ſe capitulò, que los 60ӯ. ducados de los 80. de juros, y tributos avian de quedar vinculados, durante el matrimonio, para que no ſe pudieſſen vender, trocar, ni enagenar por ningun genero, ni cauſa voluntaria, ni neceſſaria. Y que para los otros 40ӯ. ducados, que avian de quedar libres, cumplimiento à los 100. y ſe le avian de entregar à el Duque en juros, joyas, plata, y veſtidos, ſe avia de ſacar Facultad Real, para que el Duque obligaſſe à la reſtitucion de ellos, los bienes de ſus Eſtados, y Mayorazgos, y hazer todas las obligaciones neceſſarias à ſatisfaccion de los Marqueſes de Caſtel-Rodrigo. Y vltimamente ſe aſſentò, que ſi la dicha Doña Beatriz murieſſe, ſin dexar hijos, y deſcendientes legitimos, en tal caſo pudiera teſtar, y diſponer à ſu voluntad de 50ӯ. ducados de dicha Dote, y no màs, y lo reſtante de ella huvieſſe de bolver, y buelva à incorporarſe en las Caſas, y Mayorazgos de los Condes ſus Padres.

60. Sacaronſe las dos Facultades Reales, la primera, para vincular los 60ӯ. ducados, durante el matrimonio, y la ſegunda, para obligar à la reſtitucion de los 40ӯ. ducados reſtantes, que avian de quedar libres, y los 10ӯ. de las Arras, los frutos, y rentas de el Eſtado.

62 Siendo tambien de ſuponer, que eſtos 40ӯ. ducados, que quedaron libres, ſe compuſieron, de los 20ӯ. de parte, en el

Juro

Juro de 28ꝟ. ducados, ſituados ſobre los Almaxarifazgos, y Rentas Reales de Sevilla, y de los 20ꝟ. menos 24. ducados de las joyas, plata, ajuar, y veſtidos, quedando los 80ꝟ. ducados de el reſto de el dicho Juro de Almoxarifazgo, y demàs partidas de Juros, y tributos para los 60ꝟ. de la Vinculacion, y los dichos 20ꝟ. ducados de el Juro de Almoxarifazgo, como libres, los vendieron el Duque Don Fernando, y Duqueſa Doña Beatriz, à Don Bernardo de Ribera, en 14. de Diziembre de el año de 1599. como ſe expreſſa à el num. 14. de el Memorial fol. 13.

63 Y tambien con Facultades Reales, vendieron los 8ꝟ. ducados reſtantes de el dicho Juro, y el tributo de 24ꝟ. ducados de principal, que pagaba el Eſtado de Maqueda, y ſe expreſſan en el miſmo num. 13. y 14. de el Memorial, aviendo ſido expedidas las Facultades con la expreſſa condicion de averſe de ir depoſitando en el Depoſitario general de Sevilla, los 32ꝟ. ducados de el importe de ambas partidas, en los años, y porciones, que ſe ſeñalaron, de las miſmas rentas, y frutos de el Eſtado de Alcalà, para que ſe bolvieſſen à emplear en favor de la dicha Doña Beatriz, y paſſado, y cumplido el tiempo aſignado, quier eſtuvieſſen, ò no depoſitados los dichos 32ꝟ. ducados, quedaſſen libres los bienes de el Eſtado.

64 Y tambien es de ſuponer, que aviendo caſado Doña Ana Enriquez de Ribera, hija de los Duques Don Fernando, y Doña Beatriz con el Marquès de Molina, le conſtituyeron Dote de 90ꝟ. ducados, (fuera de el aumento, que deſpues le hizieron) y entre las partidas, de que ſe compuſo dicha Dote, fue la de 30ꝟ. ducados; con que concurriò la Duqueſa Doña Beatriz, y ſe los diò, y aſsignò en los 18ꝟ. y 24. ducados de el Juro de Salinas de Badajoz, y 10ꝟ. que le pagaba Sevilla ſobre ſus Proprios, dos de las partidas de los 60ꝟ. ducados vinculados de ſu Dote, y los 2ꝟ. ducados reſtantes, cumplimiento à los 30ꝟ. empleado en tributo, ò en Juro de buena finca, aviendoſe ſacado Facultad Real, para deſagregar los dichos 30ꝟ. ducados de el Vinculo de los 60ꝟ. num. 10. y 11. de el Memorial.

65 Y aſsi miſmo es de ſuponer, que aviendoſe ſeguido juicio en el Conſejo de Lisboa, Reyno de Portugal, por el Marquès de Caſtel-Rodrigo, contra el Duque Don Fernando, ſobre la inoficioſidad de los 100ꝟ. ducados de la Dote, ſe le condenò à la reſtitucion de 3. quentos 60ꝟ274. reins, de que procedieron

 los

los 2. quentos 601 y224. maravedis, moneda de España, de que hizo imposicion formal el Duque Don Fernando en favor de su Magestad, y de su Real Donativo, por la cession, que Don Manuel de Moura, Marquès de Castel-Rodrigo, hizo, y de cuya Executoria se presentò en la Instancia de la Suplicacion el testimonio, que refiere el Memorial fol. 92. pues solo antes se avia presentado testimonio de la cession hecha por el Duque en favor de la Real Hazienda, y su imposicion.

66 Y tambien se supone, que aviendo salido à los Autos la Duquesa Doña Beatriz, pidendo por su pedimento de 2. de Março de el año passado de 1638. num. 16. de el Memorial, el pago de 40y. ducados, importe de la parte de el Juro libre de Almoxarifazgos, joyas, plata, ajuar, y vestidos, y de los 10y. ducados de las Arras (à cuya restitucion se avia obligado el Duque Don Fernando, y obligado las rentas, y frutos de su Estado, en defecto de bienes libres con la Facultad Real, para ello obtenida) y de los 24y. ducados de el Censo enagenado, de el Estado de Maqueda; 8y. ducados, resto del Juro de Almoxarifazgo, y por todas las demàs partidas de su Dote, y Arras; reformò despues este pedimento, en el que diò, y se refiere à el num. 32. de el Memorial, en quanto por èl avia pedido la partida de los dichos 40y. ducados libres, y 10y. ducados de las Arras, pidiendo, ser preferida à todos los Acreedores de el Concurso, por las demàs partidas, que en su primer pedimento tenia pedidas, y por las que nuevamente deduxo, que son las de los 18y. y 24. ducados de el Juro de Salinas, y los 10y. ducados de el tributo de Sevilla, sin advertir, en que estas dos partidas las avia comprehendido en su primer pedimento en la generalidad de ser pagada de todas las demàs de su Dote; y en la respuesta, que el Duque diò, num. 33. de el Memorial, aceptò la reforma, y en lo demàs contradixo el pago, y grado, que pretendia la dicha Doña Beatriz, alegando, estàr pagada de toda la Dote, y aun ser deudora à el Concurso de mucha cantidad, porque le puso reconvencion en forma; y expressò las partidas, que se le debian imputar à la dicha Doña Beatriz, que despues tambien se fueron expressando, y sobre que se hizo probança en el juicio de la graduacion, num. 38. y 39. de el Memorial, y manifestò el mas caudal, que contienen los num. 53. 64. 68. y la justificacion instrumental, que se presentò por el Duque, en la Peticion

cion de Suplicacion de el Auto de execucion fol. 87. y siguientes.

67 Y vltimamente se supone, que aviendo muerto la dicha Duquesa Doña Beatriz, dexando por su heredero à Don Manuel de Moura, Marquès de Castel Rodrigo, su hermano, (aviendo yà heredado à Doña Maria Enriquez de Ribera, que casò con el Principe de Paterno, Duque de Montalto, y sucessora, que fue en el Ducado de Alcalà à Don Fernando su Padre, y Posseedora de su Estado) no se presentaron por el Marquès, ni el todo de el testamento de la dicha Doña Beatriz, ni los inventarios formados por su muerte, para que constasse las declaraciones, que avia hecho de su Dote, bienes, y caudal, que avia dexado, como se alegò, y pidiò por el Estado en el pedimento de Suplicacion, y expresion de agravios de el Auto de execucion fol. 87. y à que respondiò el Marquès fol. 94. no tener obligacion de mostrar dicho Inventario, por dezir, no ser necessario.

68 Todo lo qual supuesto, como cierto, y justificado en los Autos, se haze, y forma por el Estado vna de sus defensas principales, en la forma siguiente.

# DEFENSA PRIMERA.

69 LA Dote de la Duquesa Doña Beatriz, se compuso de 100U. ducados, que con los 10U. de las Arras, hizieron 110U. de estos los 60U. quedaron Vinculados, durante el matrimonio, y con la prohibicion de la enagenacion de las partidas de juros, y tributos de la misma Dote, en que se asignaron, y para cuya Vinculacion se obtuvo Facultad Real, con que se asegurò la restitucion de dichos 60U. ducados, que disuelto el matrimonio, quedaban libres de la Vinculacion, por aver sido esta temporal, y limitada à solo el tiempo de el matrimonio, para que solo se puso la prohibicion de la enagenacion de los bienes, *l. 40. tauri, & in ea*, Anton. Gom. & *l. Pater filiæ de servit. legat, & colligitur*, ex D. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 4. & 5.* D. Castillo, *lib. 2. controv. cap. 22. & tom. 6. cap. 144. y* 145. Angul. de Meliorat. *in leg. 11. gloss. 11.* y los 40U. ducados restantes de la Dote, que quedaron libres de la Vinculacion, y se compusieron los 20U. de parte de los 28U. ducados de el Juro de Almoxarifazgo, y los otros 20U. menos 24. ducados, de

las

las joyas, plata, ajuar, y veſtidos; con los 10ӈ. ducados de las Arras, ſe aſſegurò ſu reſtitucion con la Facultad Real, que tambien ſe ganò, para que en defecto de bienes libres de el Duque Don Fernando, ſe pudieſſen cobrar de los frutos, y rentas de ſu Eſtado.

70 Eſtas Facultades, como de eſtrecha naturaleza, y en que no ſe dà extencion de perſona ad perſonam, de caſu ad caſum, nec de re, *ex cap. fin. de Simon.* D. Salg. *Labyr. p. 2. cap. 4. n. 12. & 13.* Mier. *de Maiorat. 4. p. q. 11. à n. 23.* y mas latamente ſe lleva yà fundado, no gravaron à el Eſtado, y ſus rentas, y frutos, para el todo de la reſtitucion de la Dote, y Arras, ſino ſolo haſta en la cantidad de los 50ӈ. ducados, que vàn referidos, que quedaron libres de la Viculacion, y ſon los 40ӈ. de la parte de Juro de los Almoxarifazgos, y de las joyas, plata, preſeas, y Arras; pues para los 60. ducados de Juros, y tributos vinculados durante el matrimonio, ni para lo eſpecial de la clauſula fol. 91. de el Memorial, y de que antes en èl ſe avia hecho menſion à el num. 5. del gravamen, que ſe puſo à la dicha Doña Beatriz, de que muriendo ſin dexar hijos, ni deſcendientes legitimos, pudieſſe diſponer de 50ӈ. ducados de la Dote, y lo reſtante bolvieſſe, y ſe incorporaſſe con la Caſa, y Mayorazgo de los Condes ſus Padres, no contuvieron coſa alguna dichas Facultades, para con el Eſtado de Alcalà, ſus frutos, y rentas; y aun, quando caſo negado, lo huvieran contenido, ſe hallaràn evaquadas con lo executado, aſsi por el Duque Don Fernando, como por la Duqueſa Doña Beatriz, y por conſiguiente, ſin recurſo, ni regreſſo à los bienes, y rentas de el Eſtado, la Duqueſa, y ſus herederos, ni la Caſa, y Mayorazgo de Caſtel-Rodrigo.

71 Eſte intento ſe prueba evidentemente con lo que và prenotado, y ſupueſto, de que el Duque Don Fernando con conſentimiento de el Marquès de Caſtel-Rodrigo, ganò Facultades Reales, para vender el Cenſo de 24ӈ. ducados, impueſtos ſobre el Eſtado de Maqueda, y la partida de 8ӈ. ducados, de parte de los 28ӈ. de el Juro de Almoxarifazgo, dos de las partidas dotales, y comprehendidas en la Vinculacion de los 60ӈ. ducados, y ſe expidieron con la expreſſa calidad, y condicion, de que en los ſeis años primeros ſiguientes à el vſo de la Facultad primera, para el Cenſo de Maqueda, ſe avian de depoſitar 4ӈ. ducados en cada vno de las rentas de el Eſtado, y la ſegunda, para que en

los

los quatro años primeros siguientes, se hiziera el mismo deposito à razon de 2ụ. ducados, en cada vno, para que de el Depositario General, se bolviessen à emplear en favor de la Duquesa Doña Beatriz, y con la calidad, que passado dicho tiempo, quier estuviessen depositados, ò no, los 32ụ. ducados de el importe de ambas partidas, quedassen libres los bienes, y rentas del Estado, y Mayorazgo de el dicho Duque Don Fernando, como se expressa en los num. 13. 14. y 15.

72 Y despues, para casar el Duque Don Fernando, y Doña Beatriz, su muger, à Doña Ana de Ribera, su hija, con el Marquès de Molina, le constituyeron Dote de 90ụ. ducados, los 30ụ. de ellos, de la perteneciente à la misma Doña Beatriz, en los que estaban Vinculados en Censos, y Juros, señalando expressamente el de los 18ụ24. ducados de el Juro de Salinas, 10ụ. de el tributo, que sobre sus Proprios pagaba Sevilla, y los 2ụ. restantes empleados en Juro, ò tributo de buena finca; aviendose de sacar Facultad Real, para desagregar estos 30ụ. ducados de los 60ụ. Vinculados de la Dote, como se expressa en los num. 10. y 11. de el Memorial.

73 Cuyas tres partidas componen 62ụ. ducados, y evaquan los 60ụ. de los Juros, y tributos vinculados, y sobran 2ụ. ducados, por quenta de los 50ụ. de el resto de la Dote, y Arras, que quedaron libres para la dicha Duquesa Doña Beatriz, y sobre que cayò la obligacion de las Rentas, y frutos de el Estado de el Duque Don Fernando, para seguridad de su restitucion, en defecto de bienes libres.

74 Con que, aunque el Estado real, y verdaderamente, no estaba obligado à la paga, y restitucion de los dichos 60ụ. ducados, por averse estos tenido por assegurados con la Vinculacion, que de ellos se hizo, quitaron todas dudas las Facultades, con que se enagenaron las dos partidas de el Censo de el Duque de Maqueda, y parte de el Juro de el Almoxarifazgo mayor, con la expressa condicion de quedar libres los bienes de el Estado, depositado, ò no su importe, passado el tiempo, que para ello se asignò, y con la constitucion de Dote de los otros 30ụ. ducados, à la dicha Doña Ana de Ribera; y por consiguiente, sin accion la Duquesa Doña Beatriz, y sus herederos, y el Estado de Castel-Rodrigo, y su sucessor, y posseedor, para convenir à el Estado de Alcalà, sobre su restitucion.

75 Ni tampoco le quedò alguna à los suso-dichos, para la repeticion de los 48ꝟ. ducados, restantes de los 50ꝟ. que quedaron libres, y se compusieron 40ꝟ. de la Dote, y 10ꝟ. delas Arras, à que por la Facultad Real, se gravaron los frutos, y rentas de el Estado, en defecto de bienes libres de el Duque Don Fernando; mediante ser hecho constante, aver vendido, y enagenado los 20ꝟ. ducados, de los 28ꝟ. de el Juro de Almoxarifazgo, à Don Bernardo de Ribera, en 14. de Diziembre de el año de 1599. num. 14. de el Memorial: y siendo esta partida de Juro, la que quedò libre en las Capitulaciones matrimoniales para la dicha Doña Beatriz, con las joyas, plata labrada, ajuar, y vestidos, la pudo vender, y enagenar, y de esta venta, para que no huvo compulsion, y apremio de el Duque, resultò hasta en la misma cantidad deliberacion de las rentas, y frutos de el Estado, fiador subsidiario de restitucion, ex Noguer. *allegat.* 40. *n.* 52. y lo supone Card. de Luca *de alienat. & contract. prohib. disc.* 31. *num.* 7. *cum textu in l. velles, ff. de revoc. donat. l.* 2. *C. ad Velleian: Mulier maior non est inhabilitata ad contrahendum, & de bonis suis liberè diponendum, maximè,* si en la enagenacion intervino juramento, contra que no puede ir, ni ser oìda, y quando fueron los bienes estimados, que constituyeron venta, y quedò el Marido deudor de cantidad, ex Aiora *de part.* 1. *p. cap.* 3. *num.* 10. D. Castill. *lib.* 1. *controv. cap.* 4. y Pedro Barb. *in l. æstimatis, ff. soluto matrimonio num.* 28. *cum sequentibus*; y por consiguiente su abono, y rebaxa.

76 Y juntamente la de los 7ꝟ. ducados, que importan los 2. quentos 601ꝟ22. maravedis de principal, por los 3. quentos 60ꝟ274. reis, moneda de Portugal, à cuya restitucion se le condenò à el Duque Don Fernando, por Executoria de el Consejo de Portugal, en el pleyto de demanda de Dote inoficiosa, que le puso, y siguiò Don Manuel de Moura, Marquès de Castel-Rodrigo, su Hermano, de que consta por el testimonio de dicho pleyto, fol. 92. de el Memorial, vltimamente presentado, y se confessò por la Duquesa, en su pedimento referido à el num. 38. de el dicho Memorial; y hasta en dichos 7ꝟ. ducados, se minoran los 100ꝟ. de la Dote, pues se restituyeron por dicha inoficiosidad, que por nuestras leyes de el Reyno, 3. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop. y.* 29. *de Toro, y* 1. *tit.* 2. *d. lib.* tambien procedia.

77 Estas tres partidas de los 2ꝟ. ducados, que sobraron

de los 60U. 20U. de el Juro de Almoxarifazgo, y 7U. de la inoficiosidad, componen 29U. ducados, y agregados à ellos las partidas, que por la Executoria de graduacion, se le mandaron rebaxar à la Duquesa Doña Beatriz, que (fuera de los 30U. ducados, que diò en Dote à la Marquesa de Molina) son la de 41U. reales, que se dixo, aver recebido de el quinto de los bienes de el Duque, 80U. reales, que avia cobrado Doña Mayor Segarra, y 2U. ducados, que para litis expensas se le avian dado en el pleyto, y montan 143U. reales, y estos hazen 13U. ducados. Y asimismo agregados los 2U612. ducados, y 8. reales de vellon, que el dicho Marquès de Castel Rodrigo, avia cobrado de el procedido de la Libreria, y de Doña Ana de Bohorques, y se le mandaron baxar, por el Auto de execucion fol. 106. y 107. de el Memorial, componen estas partidas de las rebaxas 15U. 612. ducados, y 8. reales de vellon, que juntos con los 29U. antecedentes, vienen à hazer la suma de 44U612. ducados, faltando solo por esta quenta, (que es legitima, y que no se puede, ni podrà impugnar por el Marquès, Principe Pio) para cumplir los 50U. ducados, 5387. ducados, y 3. reales de vellon, que son solo los que se podian pedir, sino huviera, como ay todas las demàs partidas cobradas por la Duquesa Doña Beatriz, y se le han manifestado por caudal de el Duque Don Fernando, y su matrimonio, que se demuestran en la defensa siguiente.

# DEFENSA SEGUNDA.

78 Estas partidas de efectos, bienes, y caudal de el Duque, y de que se le han hecho manifestacion en los Autos à la Duquesa, y Marquès de Castel-Rodrigo, y de que se podian reintegrar, y aver reintegrado, no solo de la corta porcion de 5U387. ducados, y 3. reales de vellon, que resultan de la demonstracion antecedente, sino aun de el todo de la Dote, y Arras, sino estuvieran satisfechas, son las que se justificaron con la probança de testigos, que se hizo en el juyzio de graduacion, de que tratan los num. 38. y 39. de el Memorial, y en los 53. 64. y 68. con los instrumentos, que despues se presentaron, y se refieren desde el num. 92. siendo las mas principales, las que la misma Duquesa Doña Beatriz percibiò del Principe de Paterno, su

ſu Yerno, por las tranſacciones hechas, y celebradas, ſobre la reſtitucion de la Dote, y Arras, de Doña Maria Enriquez de Ribera, ſu hija, Princeſa de Paterno, y reſtitucion de los frutos, que por ſu cabeza avia percebido de el Eſtado de Alcalà, en el tiempo de ſu poſſeſsion, è importò la cantidad de 20ŋ.excudos Romanos, que en el miſmo num. 92. ſe expreſſan, è importan mas de 40ŋ. peſos excudos de plata de Caſtilla, que por la vltima tranſaccion otorgada en Madrid à 14. de Mayo de 1673. entre Don Franciſco de Moura, Marquès de Caſtel-Rodrigo, como hijo, y heredero de Don Manuel, ſu Padre, quien lo fue de la Duqueſa Doña Beatriz, ſu hermana, con la parte de el heredero de el dicho Principe de Paterno, ſe confeſſò, aver recebido, y ſe ratificò la tranſaccion primera celebrada en Roma, fol. 98.

79 Y aſsimiſmo avia la partida de 25ŋ535. ducados, que avia cobrado el P. Pedro Angel Surgento, de la Compañia de Jesvs, en virtud de poderes de el Principe de Paterno, quien aprobò la Carta de pago, que diò el dicho P. Surgento, por el inſtrumento, que otorgò en 26. de Septiembre de el año de 1644. fol. 99.

80 Y tambien avia las joyas de valor de màs 100ŋ.ducados, que dicha Doña Beatriz, y el Duque Don Fernando, ſu Marido, dieron en la Ciudad de Napoles à el dicho Principe de Paterno, ſu Yerno, por reſguardo de la miſma cantidad, que le ofrecieron en Dote, para caſar con la dicha Doña Maria Enriquez de Ribera, interin que ſe concluìan las Capitulaciones matrimoniales, y entrego de la dicha Dote, de que hizieron los dos recibos, que ſe refieren en el Memorial, fol. 34. y ſobre que tambien ſe hizo probança, num. 58. fol. 41. aviendo quedado el vno de los dos Recibos, en poder de la dicha Doña Beatriz, por muerte de el dicho Duque, ſu marido, de que vsò, muerta la dicha Doña Maria, de quien fue heredera, embargando todos los bienes de el Principe, para la reſtitucion de dichas joyas, que ſatisfizo, y reſtituyò, y fueron caudal de el Duque Don Fernando, con todos los demàs bienes, joyas, y alhajas de la recamara, y vſo de la dicha Doña Beatriz, por cuya parte no ſe negò tenerlos, ſi alegò fol. 44. de el Memorial, tocarle, y pertenecerle, no pudiendo ſer; lo vno, por carecer de titulo valido para adquirirlas, ni averlo juſtificado, ſi reſiſtirle la diſpoſicion de derecho, que anula las daciones, y donaciones de marido à muger conſtante matrimo-
nio

nio factas : *ex l* 1. *C. de donat. ante nupt. l. si constante, & l. fin. C. eod.* P. Sanch. *de Matrim. lib. 6. disp.* 15. Card. de Luca *de Dote disc.* 165. præcipue *à num. 6.* Gomez *in l.* 50. *Tauri à num. 64.* y lo otro, quando ay perjuizio de Acreedores, y de Tercero, *vt ex eisd. A. A. &* D. Salg. *in Labyr. 2. p. cap.* 19. D. Covarr. *lib. 1. variar. cap. 7. num.* 5. y como lo es el Estado, todas las vezes que la dicha Duquesa, y sus herederos le quisiessen convenir por la obligacion subsidiaria, que en fuerça de la Facultad Real se avia constituido à su favor en las Capitulaciones matrimoniales.

81 Tocandole tambien à la susodicha concurrir *per l.8. tit. 9. lib.* 5. *Recop.* y Matienzo, y Azevedo, en sus glossas, con los 7U. ducados, mitad de los 14. que ambos, marido, y muger, dieron por mas aumento de Dote à la dicha Doña Ana de Ribera, Marquesa de Molina, su hija, de que se otorgò la Escriptura referida, num. 12. de el Memorial, por no aver avido bienes ganànciales en el matrimonio de la Duquesa Doña Beatriz, como tambien se justificò.

82 Siendo bienes de el Concurso los 800. ducados, que cobrò el Patronato de Diego Lopez de Avalos, Acreedor posterior con fiança depositaria, que haze existente la partida, *vt cum multis fundat,* D. Salg. *in Labyr. p. 1. cap.* 10. *à num. 66.* & præcipuè *num. 73. & 2. part. cap. 6. num. 6. & 7.* y el Marquès de Castel-Rodrigo, la avia pedido, como se refiere à el num. 50. y lo mismo sucedia con la partida de 28U846. reales, resto de los 4U. ducados, que pendiente este Concurso, cobrò con fianças depositarias, Juan Antonio de Herrera, para que pidiò provission de apremio, que se le despachò, y se expressa à el num. 56.

83 Y como tambien era caudal conocido de el Concurso la Escriptura de 30U. ducados de plata, que debia el Duque de Cardona, que se presentò en su Concurso, de que fue Juez el señor Don Joseph Pizarro de Orellana, de el Consejo de su Magestad, y en que se le diò septimo lugar, y grado, de que consta à el num. 48. y siguientes de el Memorial, y averse pagado varias partidas, y entre ellas, baxo de fianças, vna de 24U300. reales de plata, y otra de 6U. ducados de vellon, contra que se debia proceder, quando caso negado, se debiesse alguna cantidad, como estantes que se consideraban con todo lo demàs, que cobrò la parte de dicho Principe de Paterno, y se manifestò à num. 69.

K 88.

88. 89. 90. y 91. de el Memorial, en los instrumentos de su justificacion, que le siguen, y vltimamente se presentaron.

84 De todo lo qual resulta, lo vno, el estàr integramente satisfecha la Dote, y Arras de la Duquesa Doña Beatriz, y extinguida la obligacion subsidiaria de el Estado, por 50U. ducados, con todos los referidos pagamentos; y aun quando caso negado, pudiera ofrecerse algun reparo entre las obligaciones, que se hizieron en dichas Capitulaciones matrimoniales, por el Duque Don Fernando, y por lo respectivo à su Estado de Alcalà, aviendo entrado este, como fiador subsidiario en la cantidad determinada de 50U ducados, sobre estàr estos pagados, como và demostrado, siempre se debian aplicar para extincion de esta obligacion, como de causa mas agravosa, y dura, *per l. 1. cum multis, seqq. ff. de solution. l. 10. tit. 14. p. 5. & fundant*, Noguer. *de alleg.* 40. *num.* 64. & 65. D. Valenz. Velazq. *cons.* 21. *num.* 59. & *cons.* 58. Menoch. *de præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 136. *num.* 15. Sabel. *in suo promptuario resolutionum, §. solutio num.* 55.

85 Y le opondria bien el Estado de Alcalà, y su subcessor, y posseedor à la Duquesa Doña Beatriz, y sus herederos (sino estuvieran pagados) la omission, y negligencia, que estos, y el Marquès de Castel-Rodrigo, huviessen tenido en la cobrança de su credito Dotal, luego que muriò el Duque Don Fernando, de el mucho caudal, y efectos que dexò, en que reintegrarse de qualquier descubierto, que tuviessen por el dicho su credito, como à el mismo intento lo prueban, idem Noguer. *d. allegat.* 40. *à num.* 43. & 62. Gomez, 2. *var. cap.* 13. *num.* 9. con la diferencia, que haze entre el fiador de indemnidad, ò subsidiario, y el fiador puro, que el primero, por la negligencia, y omission de el Acreedor, queda libre, y no el segundo, y en lo mismo và, y concluye D. Salg. *in Labyr. part.* 3. *cap.* 11. *num.* 56. *y* 57. ibi: *Item de vxore negligente exigere suam dotem, defuncto marito, existentibus bonis liberis, vt non habeat regressum ad bona maioratus, sibi pro dote obligata.*

86 Ni es para este caso la *Authent. præsente C. de fide iussor.* para la interpelacion, pues en bienes de Mayorazgo, no necessita hazerla el posseedor à el Acreedor, ni menos le perjudica la omission à el subcessor, *Qui non capit ab illo possessore successionem, & possessionem maioratus*, y quando pudiera perjudicar el defecto de interpelacion, seria para con el posseedor, que la omitiò: Cancer.

Cancer. 2. 2. *Var. cap.* 5. *num.* 46. Carden. de Luca, *de fideicom. disc.* 141. *num.* 4.

87 Sucediendo lo miſmo en el conſentimiento, ò tolerancia, que la muger por ſu Dote, ò el Acreedor anterior dà expreſſo, ò tacito, para que el poſterior cobre, ò el deudor enagène bienes, ò pague à otros Acreedores, ò liberte à otro fiador, ò alçe alguna hypoteca, quando de eſte conſentimiento, y permiſſo, reſulta perjuyzio à el fiador; en que vàn los miſmos A.A. y Luca de Dote, *diſc.* 46. Gratian. *diſceptat. forens cap.* 409. *num.* 9. *cum l. ſthicum, ff. de ſolution*: pues ſe le repeliera con la excepcion cedendarum: *Quia propter ſuam culpam non poteſt reſultare damnum contra fideiuſſorem*; y mas quando ſe hizo la fiança en contemplacion de todos los que concurrieron en la obligacion, y de la exiſtencia de los bienes, que ſe incluyeron, y de que procedia, y como ſucediò en la conſtitucion de la Dote, pues la Facultad Real, ſe expidiò para la obligacion de los frutos, y rentas de el Eſtado, con reſpecto à los bienes dotales, que llevaba la Duqueſa Doña Beatriz à el matrimonio.

88 Y con mas razon procedia lo referido, quando como và expreſſado, la Duqueſa puſo cobro à el caudal, y bienes, y à los que quedaron por muerte de Doña Maria Enriquez de Ribera, ſu hija, Princeſa de Paterno, y Duqueſa de Alcalà, y de que preciſſamente ſe haria Inventario, el qual, ni ſu teſtamento no ſe ha preſentado, aunque ſe ha pedido en los Autos, como ni tampoco el teſtamento, è Inventario de bienes de la Duqueſa Doña Beatriz, y de que avia de reſultar la manifeſtacion de caudales, bienes, y alhajas, de que ſe componian, y las declaraciones, que avian hecho, en orden à el eſtado de ſus Dotes, y lo demàs concerniente à eſte pleyto, que ſe ſeguia por la Duqueſa, y por el Principe de Paterno, y Doña Maria Enriquez, ſu hija, ſubceſſora en el Eſtado, y tambien ſobre el caudal, que quedò por muerte de el Duque Don Fernando, de cuyos bienes, y caudal, ſe avia de hazer legitima excuſion, aunque eſtuvieſſen intrincados con el concurſo formado, por la miſma naturaleza de la fiança ſubſidiaria, con cuya obligacion avian quedado gravadas las rentas, y frutos de el Eſtado, en defecto de bienes libres.

89 Y ſiendo, como es, eſta fiança condicional *debet adimpleri in ſua ſpecifica forma, & non per æquipolens*, y hazerſe vna real, y conſumada excucion, como la reſuelve D. Caſtill. *lib.* 4.

*controv. cap.* 26. *num.* 32. y todos los que juntan los Addicionadores del señor Molina, *lib.* 4. *cap.* 7. *sub num.* 17. Noguer. *de allegat.* 40. *num.* 51. Pedro Surd. *conf.* 533. *num.* 8. y aun evaquar primero el recurso contra los compradores, ò terceros posseedores de los bienes, en el caso de averse enagenado.

90 Y aviendose manifestado, y dado por el Administrador de el Consurso tantos, y tan buenos efectos de el Duque Don Fernando, quando se le hizo saber, diesse, y señalasse bienes libres, en que hazer el pago, à mas de los que por los Subcessores en el Estado, se avian ido señalando, y los frutos, y rentas, que se quedaron debiendo, à el tiempo de su muerte, y Doña Maria Enriquez, su hija subcessora, y el Principe de Paterno, su marido cobraron, juntos con los que en el tiempo de su possession se causaron, que importò la suma tan considerable, que el Memorial refiere, con los demàs, que despues fue produciendo el Estado en el tiempo de los siguientes posseedores, de quien el Marquès de Priego, Duque actual, no tiene causa, como de los mismos Autos consta, y que como frutos, y rentas mas proximas à el tiempo, en que se cumplia la obligacion subsidiaria, en defecto de bienes libres, se debia aver hecho la repeticion, y diligencia de la cobrança, *ex l. hæc conditio: de Condit. & demonstrat.* y el mismo Ped. Surd. *in dict. conf.* 533. y no aviendolo hecho la Duquesa Doña Beatriz, ni el Marquès de Castel-Rodrigo, como subcessor en su Casa, y Estado, ni pedido se assegurassen aquellos frutos, y rentas, por atender à la dicha Doña Maria Enriquez, hija de la Duquesa, y Sobrina de el Marquès, que fue aquella mas immediata subcessora; se le oponia legitimamente por el Marquès Duque, y su Estado este defecto, y culpa, para que se les imputasse el importe de las partidas, *per l. si decem* 116. *ff. de verb. obligat.* & Ant. Fabr. en su exposicion, y sobre el libro octavo de el Codigo, *tit.* 8. *differ.* 9. *num.* 8.

91 Y el no averlo hecho, podia proceder de vna de dos causas, la primera, la que proximamente và referida, y la segunda de considerarse reintegrados, de el importe de la Dote, y Arras, en todas las partidas, que en la primera defensa vàn expuestas, y de aver la Duquesa percebido, y puesto cobro à tantos efectos, partidas, joyas, y bienes del Duque Don Fernando, y de los en que se reintegrò la Duquesa Doña Beatriz, por muerte de Doña Maria Enriquez, Princesa de Paterno, y de el Principe

Duque

Duque de Montalto, su marido, siendo la que vltimamente percibiò, la de los 20U. excudos Romanos, que hazen mas de los 40U. pesos excudos, moneda de España, que yà vàn referidos por las transacciones, que vàn citadas, que cayeron sobre todos los derechos, y acciones, que la Duquesa Doña Beatriz tenia, contra el Principe, su Yerno, en razon de la constitucion de la Dote, que el Duque Don Fernando le avia hecho, frutos, y rentas de el Estado, que percibiò en el tiempo de su possesion, y todo lo demàs, que expressan las mismas transacciones, que ellas mismas prueban, no aver estado insolvente el Principe, ni aver tenido dificultad la repeticion, y cobrança, por el ascenso, que hizo à la Dignidad Cardenalicia, como se alegò por la Duquesa, y Marquès de Castel-Rodrigo, para repeler la oposicion de el Estado, y con cuyos interesses, y partidas quedaba con gran diferencia extinguido el derecho, y accion deducida para la cobrança, y reintegracion de la Dote, y Arras de la Duquesa Doña Beatriz, y aun resultaba deudora de mucho caudal à el Concurso, y sus interessados.

92 En cuyos terminos, y de aver sido la Duquesa Doña Beatiz, heredera de la Duquesa Doña Maria, su hija, subcessora en el Estado por muerte de el Duque Don Fernando su Padre, y averlo sido de Doña Beatriz, Don Manuel de Moura, Marquès de Castel-Rodrigo, su hermano, y de este aver recaido la herencia, por medio de Don Francisco de Moura, en el Marquès Principe Pio, que litiga, se vinieron à confundir las acciones activas, y passivas, de Acreedores, por los derechos dotales, que pretendian, y deudores, por la tenencia, y percibo de todo el caudal, bienes, alhajas, frutos, y rentas, y demàs efectos, que vàn referidos, y à que la Duquesa Doña Beatriz, avia puesto cobro con expresso consentimiento, y tolerancia de el Marquès de Castel-Rodrigo, y sin accion alguna, para la cobrança de credito, que el mismo hecho, y confussion de acciones le inferia, y justificaba pagado, vt colligitur *ex d. l. sthicum* 95. *de solutionib. & l. generaliter, ff. de fideiussor.* Luca de Dote. *disc.* 76. *num.* 3. *y disc.* 164. *num.* 4. Surd. *deciss.* 170. *& cons.* 290. *num.* 33. Marescot. *var. resol. cap.* 37. *num.* 3. *&* Gomez *d. cap.* 13. *num.* 20. *vers. Quinto.*

93 Procediendo estos fundamentos, aun en el caso, que la muger que pretende la cobrança de la dote, quedando por heredera de el marido, huviesse hecho Inventario, pues aunque

 con

con èl tuvieſſe preſervado los derechos de acreedoras, ex Carlev. *de judic. tit.* 3. *diſp.* 9. ſe entiende, ſiendo los Inventarios ſolemnes, y veridicos, y manifeſtandolos, y poniendolos en los Autos, para comprobacion de el caudal, y bienes, y ſi ſon equivalentes, ò no, para la reintegracion de ſu credito, vt aſſerit Noguer. *d. alleg.* 40. & idem Card. de Luca, *de Dote diſc.* 145. *num.* 84.

94 Aplicandoſe bien eſte Principio à el Principe Pio, por la concurrencia de acciones de Acreedor por ſu Eſtado, y por el caudal libre de la Duqueſa Doña Beatriz, dueña, que fue de la Dote, y Arras, que deduxo, y deudora, por lo mucho que tiene que reſtituir de el Duque Don Fernando à el Concurſo; y heredera de la Duqueſa Doña Maria, ſu hija, en quien reſidia la obligacion de pagar con los frutos, y rentas, que ſe cauſaron en el tiempo de ſu poſſeſsion, y el Principe de Paterno ſu marido, con ella percibieron, y por lo que tambien ſe cobrò de los frutos, y rentas devengados en el tiempo de el Duque Don Fernando, que quedaron exiſtentes, y à que puſieron cobro.

95 Y de no preſentarſe, y averſe preſentado dichos Inventarios, ſe infiere, lo vno, el ſer valioſos, y quantioſos los bienes, para la ſatisfaccion de el credito, y lo otro, ſe preſume pagado el Acreedor, y la muger por ſu dote, à que en primer lugar, y para ſu extincion, tienen la aplicacion legal, que và fundada, los bienes, efectos, y caudal, que quedò. Y ſobre todo, repelerſele por el Eſtado à el Marquès Principe Pio, con la excuſion, que en ſi, y contra ſi miſmo, por razon de dichas herencias, debe hazer en los caudales, y efectos, de que ſe compuſieron, por los miſmos fundamentos, que vàn expreſſados.

# DEFENSA TERCERA.

96 Y Aunque, como và referido en la primera, y ſegunda Defenſa, la Vicunlacion, que en las Capitulaciones Matrimoniales de la Duqueſa Doña Beatriz, con el Duque Don Fernando, no conſtituyò à las rentas, y frutos de el Eſtado de Alcalà, en mas obligacion, que la de el ſaneamiento, y ſeguridad de la reſtitucion de los 40ꝟ. ducados, de parte de la Dote, y los 10ꝟ. de las Arras, en defecto de bienes libres de el Duque, ſegun lo expreſſo, y literal de la Facultad Real, que para

eſte

este efecto se expidiò, y de que se vsò, no le gravò, ni pudo con mas obligacion à el Estado, y sus Rentas, y frutos, el pacto que se puso, para que muriendo sin hijos, ni descendientes legitimos, pudiesse solo disponer la Duquesa de 50U. ducados de su Dote, y lo restante bolviesse à la Casa, y Mayorazgo de los Marqueses de Castel-Rodrigo, sus Padres, pues mirò, y se puso para entre los mismos contrayentes, pero no para con el Estado de Alcalà, que solo quedò con la obligacion, por lo respectivo à sus frutos, y rentas de el saneamiento de los dichos 50U. ducados, 40. de Dote, y 10. de Arras, en el todo de los 110U. ducados de la constitucion; y todas las vezes, que se dàn pagados, y satisfechos, como bien se ha manifestado en lo hasta aqui referido, quedò extinguida la obligacion, y sin recurso alguno à los frutos, y rentas, que desde el dia de su possesion tocan à el Marquès de Priego, Duque actual de Alcalà.

97 Fuera de que, aunque se pudiera estender el referido pacto à gravar à el Estado en obligacion alguna, y elidirle las defensas por su parte hechas, en orden à la satisfaccion de la Dote, y Arras, con las partidas enagenadas, cobradas, y que la Duquesa Doña Beatriz, diò en Dote à Doña Ana Enriquez, Marquesa de Molina, su hija, y con la aplicacion, que se les ha hecho, y debia hazer, y assimismo con los muchos efectos, y caudal, que quedò por muerte de el Duque Don Fernando, y Doña Maria Enriquez, su hija, aun toda via, por dàr satisfacion à los fundamentos de derecho, que por el Marquès Principe Pio, en las alegaciones de este Articulo segundo se han hecho, y ponderado, y fundamentar las que por el Estado se hizieron en los Autos; no pudo subsistir el referido pacto, y gravamen en la Dote de la Duquesa, constituìda, en pago de legitima, y à quenta de ellas, por ser nulo, y de ningun efecto, aunque la Duquesa lo huviesse entonces consentido por atencion, y respecto à los dichos sus Padres, que fueron los que lo dispusieron con el Duque Don Fernando, *ex l. quoniam in prioribus C. de inofic. testam*, ibi: *Ipsa conditio, vel dilatio, & alia dispositio, moram, vel quodcumque onus introducens, tollatur; & ita res procedat, quasi nihil eorum testamenta additum esset*; y el Docto Rodrigo Xuarez, en la repiticion de esta ley dilatadamente lo funda en todas sus ampliaciones, y limitaciones, que le pone, fundando en la 10. que el gravamen puesto à el hijo en la legitima por pacto, ò condicion, es *ipse iure nullo*, yà sea puesto

to en testamento, ò yà en contracto inter vivos, ò en la constitucion de dote, que el Padre haze à la hija, por suceder *in loco legitimæ, in qua non potest apponi pactum, nec gravamen*; y en que tambien conviene Petr. Barbos. *in l. 1. solut. matrim. p. 4. num.* 136. *& in l. 2. num.* 144. explicando la ley, *aliud est de pact. docta* ibi: *Pactum interpositum à patre super restitutione dotis in præiuditium filiæ, & ipsius dotis, est invalidum, etiam quamvis filia tunc consentiat expressè; quia licet quis possit renunciare proprio favori, & scienti, & consentienti non fit injuria, leg. cum donationis, C. de transact. tamen favore dotis dispositum est; quod mulier non possit renunciare, ex l. de die, cum seqq. de pact. dotalib. & ideo filia potest venire contra factum patris, quamvis hæres eius sit*; deduciendo el mismo Barbosa la conclusion, que llama notable, *quod hæres non teneatur servare pactum patris, quando est positum super re, in qua hæres expresse consentire non poterat propter legis resistentiam.*

98 Y en esta opinion conviene Julio Capon. *discept.* 344. *num.* 15. & D. Ualenz. Velazq. *cons.* 182. citando à el mismo Rodrigo Xuarez, Angul. *de meliorat.* D. Molin. *de Primog. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 29. Y aunque el señor Valenzuela, y Molina, limiten la regla, aviendo consentimiento de el hijo, ò hija gravada, y se obtiene Facultad Real, y en que conviene Xuarez *in limit.* 2. concluyen todos A. A. y los que con el señor Castillo, citan los Addent. del señor Molina, que ha de ser el consentimiento expresso, expontaneo, y sin lesion; pues si se dà por atencion, contemplacion, respecto, y miedo reverencial de los Padres, ò de el Marido, è interviene lesion, se resinde, *etiam quamvis sit præstitum iuramentum*, en tanto grado, que dize, Rod. Xuar. *d. ampl.* 10. *num.* 40. que aunque aya la Facultad Real, debe concurrir el hijo con su consentimiento expresso, y deliberado, en lo que haze à la quota de sus legitimas, y que sin embargo de la Facultad Real, lo puede reclamar el hijo,

99 Cuyos fundamentos se aplican legitimamente à el caso de el pleyto, pacto, y gravamen, que en las Capitulaciones matrimoniales se pusieron à la Duquesa Doña Beatriz, pues aunque esta entonces parece lo consintiò, se infiere, y presume aver sido *metu reverenciali*, y por no contravenir à lo que los Condes de Castel Rodrigo sus Padres, disponian, y trataron con el Duque Don Fernando, entre quienes se hizieron dichas Capitulaciones, y constituyendosele la Dote por sus legitimas, aunque con el excess-

exceſſo de los 7ʒ. ducados, en que ſe declarò la inoficioſidad por la Executoria de el Conſejo de Liſboa, quedò privada de diſponer de màs de la mitad de dicha Dote, y Arras. Y baſtando ſolo para la reſciſion de el pacto, y gravamen la leſion enorme, que conſiſte en la mitad de el juſto precio, ò cantidad, reſpecto de el contracto que la contuvo, *per l. 2. de reſcind. vendit. & l. 1. tit. 11. lib. 5. Recop.* con los Regnicolas repetentes à ella, excediendo, como excediò el gravamen los computos de eſta leſion, quedò por conſiguiente ineficàz, è invalido; y mas quando la Duqueſa Doña Beatriz, no hizo acto contrario, ni de conſentimiento, deſpues de muertos ſus Padres, y el Duque ſu marido; y antes ſi ſaliò à los Autos de el Concurſo, pidiendo el pago de toda ſu dote, num. 16. de el Memorial. que no huviera intentado, à aver conſentido expontanea, y deliberadamente el referido pacto, y gravamen, ſino pedido ſolo el reſiduo, que le quedaba, manifeſtando con el hecho de eſta demanda, el defecto de conſentimiento.

100 Y aunque deſpues reformò eſte pedimento, num. 33. de el Memorial, con la proteſta de proſeguirlo, quando, y como le conviniesſe, para dàr lugar à que Don Manuel de Moura Marquès de Caſtel-Rodrigo, ſu hermano ſalieſſe à los Autos, num. 37. à pedir por ſu Caſa, y Mayorazgo los 50ʒ. ducados, que dixo, aver de quedar vinculados, y pertenecerle en fuerça de dicho pacto, por aver quedado ſin hijos la Duqueſa, ni tener poſſibilidad de averlos por ſu edad, ni la reforma fue llana, ſino qualificada, ni la podia hazer en perjuizio de el Eſtado de Alcalà, en caſo de quererlo conſiderar obligado, ni ſe hazia en tiempo, pues eſtaba yà conteſtado el pedimento, y demanda de la Duqueſa, *ex latè congeſtis à* Menoch. *de Arbitr. lib. 2. cent. 2. caſ. 176. de libelli iudicarij emendatione, & mutatione*, ni inferir conſentimiento, y ratificacion de el pacto de la Vinculacion contra el acto antecedente, y quando ſe vsò de eſta cautela, para querer evadirſe de la aplicacion, que ſe le hazia de ſus pagos, y partidas, que lo minoraban, y rebaxaban la Dote, y todas las demàs, à que avia pueſto cobro la Duqueſa, y tenia en ſu poder, que debia reſtituirlas, y dàr quenta de ellas, y por el dolo preſunto, que en ſi tenia la referida reforma, y enmendacion de el pedimento, que no les pudo ſer favorable, ni poner de mejor calidad ſus pretenſiones, antes ſi lo contrario, *ex l. ita demum ff. de recept. arbit. l. in fundo, ff. de rei vendicat;*

*quia nemini debet prodesse cautela, vel dolus, nec malitijs indulgendum est.*

101 A mas de que fundandose en la misma Capitulacion matrimonial la accion deducida por el Marquès de Castel Rodrigo, y la obligacion, en que ha querido incluir à el Estado de Alcalà, y siendo por su naturaleza individuo el contracto, se ha de deducir de èl la accion, y la obligacion; la primera, para pedir su cumplimiento; y la segunda, para averlo de executar; y no pudiendo perjudicar el asserto consentimiento, que diò la Duquesa à el tercero, que lo es el Estado, y como no pudiera perjudicar el consentimiento de el hijo, para gravar su legitima en el derecho yà adquirido, menos le podia perjudicar à el Estado la adquisicion de la dote de la Duquesa Doña Beatriz, con aquella calidad, y gravamen, ni podia hazer acto contrario, ni proceder la question, y controversia de el *ius quærendum, vèl ius quæsitum,* quando no podia darse diferencia de tiempo en vn mismo acto, y contracto individuo, ni ampliacion en lo gravoso, y dañoso, antes si restriccion, *ex text. in l. 46. ff. de obligat. & act.* D. Salg. *Labyr. 2. p. cap. 9. num.* 115. D. Castill. *lib.* 4. *controv. cap.* 42. concluyendo, que todas las vezes, que se pueda excluir, ò limitar la obligacion, se debe aplicar todo el favor: *Quia faciliores simus ad liberationem, & propentiores, si habeamus occasionem ad denegandum, vbi de obligando quæritur,* que es la decision de el texto citado.

102 Con que aviendo tanto fundamento para la nulidad de el gravamen, bastaba aver duda por qualquiera opinion contraria; para excluir la obligacion, respecto de el Estado, ò restringirla en quanto menos le pudiesse perjudicar; para que junto con lo estrecho, y limitado de la Facultad Real, expedida por lo respectivo à los frutos, y rentas de el Estado, por los dichos 50ŋ. ducados, de parte de la Dote, y Arras, sin expresion de tal pacto, calidad, ni gravamen, no se pudiera, ni debiera hazer division, y separacion en la referida Dote, y Arras, para hazer de diferente calidad, y naturaleza la porcion, que quedaba para la Duquesa, y la que avia de passar para el Estado de Castel-Rodrigo; y conseguir este, que con èl no se entendiessen todas las excepciones opuestas à la Duquesa Doña Beatriz, efectos, caudal, y partidas, que se le han imputado, è imputan legitimamente, y que solo se entendiessen, y procediessen para con la susodicha, y excediendo de lo que le tocaba, y avia de aver, huviesse de res-

ponde-

ponder à la restitucion, pero nò el dicho Estado, y Mayorazgo de Castel-Rodrigo, debiendo este, y el Marquès Principe Pio, su Possecdor tener presente, que aun abstrayendo de la nulidad de el pacto, y no constar, que la Duquesa Doña Beatriz, disuelto su matrimonio, y muerto sus Padres, lo huviesse ratificado, y la Vinculacion à que se dirigia, subsistia en el dicho Marquès Principe Pio, la obligacion de la restitucion, y aprobacion de lo que la Duquesa executò, como heredero de los herederos de la susodicha, en quienes passaron las acciones activas, y passivas, *per l. fin. C. de hæred. instit.* D. Valenz. Velazq. *cons.* 19. *num.* 21. D. Vela *dissert.* 11. *num.* 11. y la aplicacion de las partidas pagadas à la dicha Duquesa, por ser esta la que, si huvo obligacion en favor de el dicho Estado de Castel-Rodrigo, debia cumplir, y contra quien podia tener el recurso, y contra sus bienes, y caudal, quedò en sus mismos herederos, que son los que, como Acreedores por dicho Mayorazgo de Castel-Rodrigo, salieron à el Concurso, bastandole solo à el de Alcalà los pagamentos hechos con el caudal de el deudor principal, y enagenaciones executadas con Facultad Real, y con acuerdo, y consentimiento de los Marqueses de Castel Rodrigo, para su liberacion, y entenderse estàr extinguido en el todo el credito de la Dote, por la Acreedora legitima de ella, que era la dicha Duquesa, para con quien se constituyò la obligacion de los frutos, y rentas de el Estado en los dichos 50ꝟ. ducados, y se extinguiò la Facultad Real.

103 Y siendo regla de derecho, *quod solutione eius, quod debetur, tollitur obligatio, princip. Instit. quib. mod. tollit. obligat. l. item liberatur 6. ff. quib. mod. pign. vel hipot. solvit. l. in omnibus* 43. *ff. de solutionib.* y mas por el favor, que se merece la liberacion, *ex d. L.* 46. *de obligat. & act.* y que tanto vale para la solucion, la paga de la cantidad, que el percibo, que el Acreedor haze, de efectos oblidos, y de su deudor, ò las remissiones, y sueltas, que el mismo Acreedor concede, y aun lo que el deudor paga à el acreedor de el acreedor, yà sea con mandato de este, ò sin èl, *l.* 5. *&* 19. *tit.* 14. *p.* 5. D. Olea, *de ceff. iur. tit.* 8. *quæst.* 2. *n.* 37. P. Molin. *de iust. & iur. tract.* 2. *disput.* 743. y que siempre se paga legitimamente à aquel, con quien se contractò, ò à cuyo favor se dirigiò la obligacion, idem D. Olea *tit.* 1. *quæst.* 1. *per totam, & tit.* 5. *quæst.* 9. *num.* 2. todas las vezes que exceden las partidas entregadas, recebidas, enagenadas, y remitidas por la Duquesa Doña Beatriz, de

el

el computo de 103 ∪. ducados, à que quedò reducida la Dote, y Arras, por la rebaxa de los 7 ∪. ducados de la inoficiosidad, ni la susodicha, ni el Marquès de Castel-Rodrigo, tenian derecho contra el Estado, pues le bastaba à este para su exoneracion, y liberacion, dàr por pagados con caudal de el Duque su Posseedor, y con las rebaxas hechas por las piezas enagenadas, y con que la Duquesa concurriò à las dotes de sus hijas; los dichos 103 ∪. ducados; y si algun derecho contemplaba tener, por razon de el pacto el Marquès Principe Pio, avia de ser contra si mismo, como tal heredero de los herederos de la dicha Doña Beatriz, y hazer en ellos, y en sus bienes la excusion; pero no dirigirlo contra los frutos, y rentas de el Estado de Alcalà, que dà evaquada la obligacion con parte legitima.

104 Por cuyos medios, aunque se huviera verificado la condicion de morir la Duquesa Doña Beatriz sin hijos, siendo, como fue, invalido el pacto, y de ningun efecto, para con el Estado de Alcalà, *ex hucusque deductis, & ex deciss. 196. de Franch*, està demàs la question de las condiciones afirmativas, ò negativas, absolutas, ò reducidas ad tempus, que se pondera en el papel contrario, y si fue, ò no bastante el nacimiento de los hijos, que la Duquesa tuvo, para caducar la disposicion, y pacto, aunque los hijos huviessen premuerto à la Madre, y por cuya razon se omite el fundamentar, y authorizar esta caducidad, bastando solo el llevarlo hecho, sobre la nulidad de el pacto, para manifestar, no aver quedado el Estado de Alcalà gravado en mas obligacion, y que la condicional, y subsidiaria, que tuvo, en defecto de bienes libres de el Duque Don Fernando, se evaquò, y aun en el todo de la Dote, con todos los efectos, y partidas, que en la primera, y segunda defensa vàn opuestas.

# ARTICVLO TERCERO.

105 TOca en èl à la parte del Estado de Alcalà, manifestar no aver fundamento para tenerse por legitimo, y bien proveìdo el Auto de Vista de 6. de Noviembre de 671. en que se mandò despachar la execucion contra los frutos, y rentas de dicho Estado por 47 ∪ 388. ducados, y 8. reales; antes si; que los del Marquès de Priego Duque de Medina-Cœli, su actual posseedor se deben dàr por libres en el todo;

con-

confirmandose dicho Auto, en quanto se declarò no aver lugar despacharla por los reditos, y vsuras de dicha partida, como en aquel tiempo lo pretendia el Marquès de Castel-Rodrigo, y aora el Principe Pio de Saboya, subcessor en dicho Marquesado lo solicita; sobre cuya confirmacion en esto vltimo, latamente se esforçarà, y fundarà en el Articulo quarto signiente.

106 Para desembarazarnos con brevedad de este punto, y por no referir segunda vez el hecho, de donde nace el fundamento de derecho; basta remitirnos à lo que difussamente està relacionado en el Memorial impresso, desde el fol. 84. hasta 99. y succintamente referido en este informe, desde el num. 10. hasta el 15. inclusive.

107 Cierto es, y constante; que sobre el punto de si despues de la Executoria de graduacion à los bienes libres que quedaron del Duque Don Fernando, estaba, ò no legitima, y bastantemente hecha excursion en ellos, para que en virtud de la reserva contenida en la misma Executoria, se pudiessen perseguir los bienes, y rentas del Estado de Alcalà, como se pretendia en virtud de la Facultad Real, ganada à este fin; solo huvo, y se proveyò el citado Auto de Vista de 6. de Noviembre de 671. en que se declarò estàr legitima, y bastantemente hecha la excursion; en cuya consequencia se despachasse la execucion pedida contra los frutos, y rentas de dicho Estado; con que no estando por otro Auto de Revista, confirmado este primero, no huvo Executoria en fuerça de la qual, la execucion tuviesse lugar; con que esta no pudo principiarse, pues no avia Executoria, sobre que cayesse: principio tan notorio, y assentado en todo derecho, y por si tan sabido, que *non eget probatione, cum per se pateat.*

108 Y en este caso solo: de averse executoriado con Auto de Revista el proveido en 6. de Noviembre de 671. asi en quanto à declararse estar legitima, y bastantemente hecha la excursion en los bienes libres concursados, como en que en fuerça de ella, se procediesse à la execucion, contra los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, tuviera lugar aora la vltima pretension del Marquès Principe Don Francisco Pio de Saboya, ò para que corriesse, y se prosiguiesse aquella primera execucion, ò para que por la retardacion de no averse entonces despachado; de nuevo aora se despachasse, por la cantidad principal; y no por interesses, ni reditos algunos de ella, aviendose entonces expressamente denegado

estos; de que no se suplicò: y sobre que en el articulo quarto siguiente, se referiràn muy por menor, los solidos fundamentos, que para esta denegacion hazen à favor de el Estado de Alcalà, y su actual posseedor el Marquès de Priego Duque de Medina-Cœli.

109 Y es la razon, en quanto à la precissa obligacion de la excursion en los bienes libres, que se opuso, y en que aora tan justamente se insiste, antes de querer passar à perseguir los frutos, y rentas de este Estado: que siendo como es dilatoria, esta excepcion de la excursion: y como tal deberse oponer ante *litis contestationem; firmat Anton. Gom. var. resolut. tom. 2. cap. 13. sub n. 14. vers. 3. limita cum Bart. in l. 3. n. 6. ff. de exception. & comuniter omnes in Auth. præsenti C. de fideiuss.* tanto que no oponiendose en el tiempo prefinido en que deben proponerse las excepciones dilatorias; despues, aquella, ni estas son admissibles regularmente en los litigios *extante l. 1. tit. 5. lib. 4. recopilat.* y lo advirtiò con muchos *Ioann. Gutierr. de iuram. confirm. 1. part. cap. 23. n. 14. & 15.* y assi lo prueba, y authoriza con gran copia de Authores *D. Salg. in laber. 1. p. cap. 23. ex num. 76. vsque ad num. 81.*

110 Esta qualidad de ser dilatoria la excepcion de excursion, haze que el juyzio à donde se opone, sea de su naturaleza ordinario; pues, como es notorio, en los que son executivos, solo las excepciones de paga, quita vsura, pacto de no pedir, y otras que sean legitimas, opuestas, y probadas en los diez dias prefinidos por las *leyes 1. 2. 3. & 19. tit. 21. lib. 4. Recopilat.* que todas, como que miran à desvanecer la accion del Executante, y como peremptorias; son las que en lo executivo se admiten, y tienen lugar.

111 Con que aviendose opuesto por el posseedor del Estado de Alcalà, esta excepcion de excursion, para embarazar el regresso contra sus frutos, y rentas obligados, en su defecto, como fiador condicional, y de indemnidad, antes de la providencia de el citado Auto de 6. de Noviembre de 671. y suplicadose de èl con expression de agravios, y manifestacion clara de los muchos bienes, y efectos libres, y quantiosos, que avian quedado por muerte del dicho Duque Don Fernando, como se ha ponderado, y fundado plenamente en el Articulo segundo de este informe; hasta aora, en razon de la reformacion, y enmienda, ò confirmacion del dicho Auto, para que quedasse executo-

riado en pro, ò en contra, en lo tocante à la excursion; nunca pudiera tener lugar la entrada à la execucion contra los dichos frutos, y rentas de el Estado ; pues faltaba, como falta el fundamento, sobre que debe estrivar, que es el de la Executoria : y lo contrario fuera, invertir, y pervertir el orden de los juyzios, y que la execucion inmaturamente llegasse antes de su establecido tiempo, como lo dexò prevenido, y advertido, la *l. 1. C. de execut. rei iudicati*, son sus elegantes palabras : *Nimis propere, judex pignora Marcellæ capi, ac distrahi iussit ante rem iudicatam : prius est, ergo, vt servato ordine accionem adversus eam dirigas, & causa cognita, sententiam accipias: de qua, & l. si cum nulla sententia 58. ff. de re iudic. D. Salg. de reg. protect. 4. p. cap. 3. n. 69.*

112 Sin que obstasse el que à dichos bienes libres del Duque Don Fernando, se huviesse poco despues de su muerte, formado concurso de Acreedores, y que estuviessen intrincados, y de dificil exaccion ; como se ha referido de contrario, y à que en el primer Articulo aqui se ha respondido ; en atencion, à que la obligacion de los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, en fuerça de la Facultad Real, fue subsidiaria, y como si fuesse de fiança condicional, y de indemnidad ; porque las que son de esta gerarquia, son de naturaleza, muy distinta, que las fianças llanas, y puras : y no se puede tener regresso à las condicionales, y subsidiarias, sin apurar primero exactissimamente, y con vna excursion rigorosa, los bienes todos del deudor principal, aunque estèn intrincados, y aun passar à los enagenados, aviendo sido hypotecados estos, yà por la especial, yà por la general, y aunque se hallen en poder de terceros particulares posseederes.

113 Prueba este assumpto el *señor Salg. in laber. 2. p. cap. 5. per totum*, siguiendo el comun corriente de los muchos Authores que cita, impugnando al *señor Molina lib. 4. cap. 7. ex num. 17.* à quien se siguieron otros no Reynicolas, *quos idem D. Salg. refert. num.* 14. en la question, que por thema de su capitulo expone: *Vtrum creditor ad bona maioratus cum Facultate Regia, & simul ad libera debitoris ; cogatur per posteriores creditores, ad sola libera bona, inconcursus iuditio ; prius excutere maioratum ; ne bonis liberis consumptis, sua credita amitant ; sed imò omnibus consulatur.*

114 Y llevando la opinion contraria de esta question el señor Luis de Molina, movido principalmente de la equidad de la *l. 2. C. de pignorib.* sobre que se forman tres fundamentos ; y

aun num. 10. *idem D. Salgad.* añade otro: despues desde el num. 15. con grandissimas, y juridicas pruebas, y copiosissimo numero de Authores Reynicolas, como son *Sarmiento, Avendaño. P. Luis de Molina, D. Castillo Noguerol; & Add. ad D. Molinam*, y algunos estrangeros que refiere, y todos en los num. 20. & 21. refuta esta opinion, como no fundada, ni en justicia, ni en equidad; y todo ello; atenta solo la naturaleza de la obligacion subsidiaria, condicional, y de indemnidad, en que por la Facultad Real, quedaron constituidos los bienes, frutos, y rentas del Mayorazgo.

115 Y assi no pudiendo con verdad, negarse que por muerte de el Duque Don Fernando, quedaron muchos bienes libres, y rentas devengadas; à que se acrecen las del dicho Estado, que recayò en la Duquesa de Alcalà Doña Maria Enriquez de Ribera, que subcediò à su Padre en èl, y que eran los frutos, y rentas mas immediatos, y proximos de donde el Marquès de Castel-Rodrigo, para su Casa, y Mayorazgo, à quien se agregaban los 40U. ducados; y le pertenecian los 10U. restantes de las Arras, por cabeza de la Duquesa Doña Beatriz su hermana debia cobrar; era, y fue de su obligacion, cobrar de estos bienes libres, frutos, y rentas, caydos, y causados dichos 50U. ducados, pues avia muy bastante, y sobrado para el pago, y no permitir que antes entrasse cobrando, como cobrò, de dichos bienes libres, la dicha Duquesa su hermana, los 60U. ducados, à cuya seguridad no tenia (luego que muriò el Duque Don Fernando, su marido) obligados los bienes, y rentas del Estado de Alcalà.

116 Con que nos hallamos en los mismos, è individuales terminos de la question del señor Salgado, y su resolucion, que al num. 21. dize: *Esse veriorem, & in praxi receptiorem; & non semel in supremo Regio Consilio, ad missam vidisse, dixerunt Additionatores D. Molinæ*, pues concurriendo à los bienes libres de este Concurso, el Marquès de Castel-Rodrigo, que los tenia obligados, y *in subsidium*, los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, dexò voluntariamente, que la Duquesa Doña Beatriz su hermana, cobrasse de los libres (porque no tenia obligados los frutos, rentas del Mayorazgo) para que consumidos en esta satisfacion aquellos, quedassen solo los dichos frutos, y rentas, para pedir contra estos la satisfacion de su credito, y quando aviendo bienes libres en ellos, avia de hazer la excursion, y solicitar el pago.

117 Y para esto, no embarazaba, que huviesse concurso; pues

pues se hallaba segundo Acreedor, despues de pagado el primer credito que tocaba al Estado de Alcalà, por el que tenia contra dichos bienes libres el Duque de Medina-Cœli, por la Duquesa su muger, para la redempcion, y extincion de los censos, que con Facultades Reales avia gravado el Duque Don Fernando los bienes, y rentas de dicho Estado, quando fue su posseedor: y aviendose hecho el pago de este primer credito; sobraron muchos bienes, y rentas libres, para que entrasse cobrando el Marquès enteramente sus 50ъ. ducados; pues los huvo para hazer pago à la Duquesa Doña Beatriz, su hermana, de los 60ъ. ducados de su credito, graduada en el mismo segundo lugar.

118 Y aun quando no estuviesse tan clara la existencia, y tan *ex abundanti*, de bienes libres al tiempo de la muerte de el Duque Den Fernando: para que primero que la Duquesa Doña Beatriz cobrasse de ellos sus 60ъ. ducados; procurasse el Marquès su hermano el pago, para incorporar en su Casa, y Estado de Castel-Rodrigo los 40ъ. ducados: y despues como heredero que vino à ser de la dicha Duquesa los 10ъ. libres de las Arras; debia con esta Acreedora oponerse, contradezir el pago que intentaba, y pretender prelacion en los bienes libres del concurso; porque debia atender, y reparar, que estos bienes libres eran los principalmente obligados, y no los frutos, y rentas de el Estado de Alcalà; contra los quales, no tenia, ni avia nacido accion alguna, que deducir entonces; que esta hasta tanto que evaquasse con plenissima, y muy rigorosa excursion, la no existencia total de bienes libres, no podia introducir pretension de pago contra dichos frutos, y lo contrario fuera proceder sin accion, *contra legem si pupilli 6. §. videamus, ff. de negot. gest. l. quoties §. si temporali ff. de admin. tutor. & tunc judex ex officio, & parte, non petente, nec opponente, potest repellere actorem, sine accione agentem, cap. causam 9. de iudicijs. Giurb. ad constit. Mesanens. cap. 7. gloss. 10. n. 1. & seqq. Decian. lib. 1. Consil. 2. num. 47. cum Pax, in prax. Padill. Rodrig. Cancer. Carlev. & alijs multis, D. Olea decess. iur. tit. 6. q. 9. ex num. 2.*

119 Y assi este consentimiento, yà fuesse expresso, yà tacito del Marquès de Castel-Rodrigo, que huvo, para que primero cobrasse su hermana la Duquesa Doña Beatriz, los 60ъ. de parte de su Dote, de los bienes, y rentas corridas, causadas hasta la muerte del Duque Don Fernando, su marido, de donde debia

 el

el mismo Marquès cobrar precipuamente, los 40ij. ducados parà agregarlos al Mayorazgo de su Casa, y los 10ij. ducados de las Arras : pues mientras huviesse bienes libres, no podia cobrar vno, y otro, de los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, que en fuerça de la Facultad Real, estaban condicionalmente obligados; le perjudicò tanto al dicho Marquès, y subcessores en su Casa, este consentimiento, que por èl quedaron, los frutos, y rentas de el Estado, para siempre, absolutamente desobligados; por ser regla bien sabida por constante en el derecho : *Quod creditor, qui passus fuit, & consensit, alium creditorem, à se posteriorem vt prius exigat suum creditum; sibi præiudicat*, de la qual *late agit. D. Salg. in laber. 3. part. cap. 13. §. vnic. à princ. & quasi per totum.*

120 Pues aunque el credito Dotal con el de las Arras, que vno, y otro compusieron 110ij. ducados, era vnico, è individuo à favor de la Duquesa Doña Beatriz; y el Duque Don Fernando su marido el obligado con todos sus bienes libres à la satisfacion, y restitucion total, disuelto el matrimonio, sin quedar hijos, ni descendientes de èl; avia en este mismo credito dos diferencias, ò respectos; el vno, que para los 40ij. ducados, que en tal caso se agregaban al Estado de Castel-Rodrigo, y 10ij. de las Arras, no podia aver recurso à las rentas de el de Alcalà, sin que primero se procediesse contra todos los bienes libres que quedaron de qualquier calidad que fuessen, hasta apurarlos, sin que quedassen algunos, con vna exactissima excursion. Y el otro, que en concurso de la Duquesa Doña Beatriz à la cobrança del resto de su Dote; era primero el Marquès su hermano, y su Casa de Castel-Rodrigo, à quien la misma Duquesa dexaba en las Capitulaciones matrimoniales, hecha la agregacion, de que contra ella, nacia propria obligacion, que era primero, que la de querer por si cobrar de bienes del Duque su marido difunto, el resto de su Dote.

121 Con que si entonces el Marquès, pudiendo, y debiendo cobrar de los muchos bienes libres que quedaron; no lo hizo por no querer, y solo pretendiò, y aora se insiste en querer, que de los bienes, y rentas del Estado de Alcalà, se les satisfaga lo que pide, se le puede responder con el texto, *in l. 3. fin. vbi gloss. C. de contr. & commit stipul. l. multum inter est, & ibi gloss. C. si quis altari, vel sibi : quod potuit noluit; & quod voluit adimplere nequivit, Cadin. Tusc. litt. B. concl. 133. Gratianus, tom. 5. diceptat. 809. num. 12.*

122 Pues

122 Pues siendo la obligacion de los frutos, y rentas del dicho Estado subsidiaria, y condicional, hasta que se purificasse, con la plena excursion de los bienes libres, no podia tener entrada; de esta misma razon, y haziendo parificacion *D. Olea tit. 7. q. 3. num.* 37. del cesionario, para tener regresso contra el cedente, dize que antes debe hazer: *Omnem diligentiam, & excursionem exactissimam, contra bona debitoris cessi, etiam sit difficilis exactionis, & his excussis, & non antea debet recursum intentare*, cita en comprobacion muchos; y à la letra pone el lugar de *Francisco Baronio de citation. tom. 16. singul. 7. num.* 2. que aunque el cedente renunciasse en beneficio de la excursion, debe sin embargo el cesionario: *Adhibere omnem diligentiam contra debitorem cessum, quamvis iste sit difficilis exactionis*; y concluye, ibi: *Ratio est, quia renunciatio excutionis, non se compatitur cum cesione, quem admodum neque cum fideiusione indemnitatis.*

123 Con cuyos fundamentos, y los yà tocados num. 88. y 89 queda este punto de la precision de la excursion de bienes libres, antes de poder convenir à los Vinculados, y sus frutos, y, rentas, obligados con Facultad Real, bastantemente manifiesto, para no aver regresso à las rentas del Estado de Alcalà: aviendose hecho patente, que huvo tantos bienes libres, de donde commodamente, el Marquès de Castel-Rodrigo, pudo, y debiò cobrar los 40ꝟ. ducados, para agregarlos à su Casa; y los 10ꝟ. ducados de las Arras, que como heredero de su hermana Doña Beatriz, le pertenecieron à el Estado, que en ningun acontecimiento, se podia, ni entonces, ni menos aora al cabo de tantos años, y despues de tantos, y tan diversos posseedores que ha tenido, hasta aver recaydo por linea transversal en el actual Marquès de Priego, Duque de Medina-Cœli; aviendo quedado tantos bienes, y efectos libres del Duque Don Fernando, primero, y aun vnico obligado por la Facultad Real, à satisfacer con ellos la Dote de la Duquesa Doña Beatriz, en cantidad de solos 50ꝟ. ducados, muriendo la susodicha, sin hijos, ni descendientes legitimos.

124 Y que en este caso quedassen libres los subcessores de dicho Duque, y posseedores de este Estado de Alcalà, de satisfacer con los frutos, y rentas de èl, los 50ꝟ. ducados, para que se obtuvo la Facultad Real condicional, (como de su clausula se reconoce) para que dichos frutos, y rentas, quedassen obligados; siem-

siempre que se ajustasse (como aqui se ha hecho, y và demonstrado en el Articulo tercero) que quedaren bastantissimos bienes, y efectos libres; es muy del intento para este pleyto, el lugar del del señor *Salgad. in laber. 1. p. cap. 40. ex num. 60.* que pone el caso de vn pleyto, que se siguiò, y determinò por Executoria, en la Real Chancilleria de Valladolid.

125 La especie de aquel pleyto fue; que vn posseedor de vn Mayorazgo, estando para casarse, y que la Dote que recebia, estuviesse segura al tiempo de la restitucion; impetrò Facultad Real, para obligar los bienes de su Mayorazgo (*intelligitur, bonis liberis non existentibus tempore restitutionis*) este posseedor muriò, dexando por heredera à su muger; entre la qual, y el subcessor se moviò litigio, *vt ex bonis hæreditarijs, debebat vxor satisfieri, & liberare maioratum ab obligatione dotis restituendæ*, por vltimo, se transixieron, y la muger cediò la herencia al subcessor, y posseedor del Mayorazgo, para el pago de la Dote; y que por la parte, que no se pagasse, se avia de constituir censo, como asi se hizo, en vna grande suma; para que se ganò nueva facultad; en cuya virtud por muchos años, este, y otros subcessores estuvieron pagando los reditos.

126 Vno de ellos vltimamente, formò concurso de Acreedores al mismo Mayorazgo, y entre los Acredores, fueron graduados los herederos de la muger, por el censo, y sus corridos; y aun los estuvieron cobrando por mas tiempo de 70. años, hasta que otro subcessor reclamò: *Et dixit, censum fuisse in debitè constitutum: cum bona libera hæreditaria possessoris imponentis censum, & impetrantis facultatem, essent valdè opulenta; ex quibus primo loco debebat solvi, & redimi census dotis impositus super maioratu*; y asi constaba por instrumentos, y escripturas, que de los bienes de aquella herencia, pudo averse redimido el Censo.

127 Alegabase por parte de los herederos, la prescripcion de tantos años, como avian corrido; que era poco menos que centenaria; bastando la quadragenaria, con el titulo de la facultad, y Escriptura de la imposicion, y el aver estado cobrando en virtud, de la Executoria de graducion los reditos de aquel Censo, desde que se constituyò, no solo del primero, sino tambien de los siguientes posseedores del Mayorazgo. Y sin embargo por Executoria de aquella Chancilleria, *vt D. Salgad. refert. num. 66.* (*qui est finalis*) se declarò el Censo por nulo, è ilicito, è injus-

injusto, por aquella parte, que constò, *maioratum non fuisse debitorem.*

128 La especie de aquel litigio, tiene por muchas de sus circunstancias, no poca similitud, con la de este pleyto, y assi con seguridad se espera, que en la determinacion sean parecidos, y que lo que en aquel se resolviò, en este se determine.

129 Con que por todos estos fundamentos, no parece dudable, el no deber tener lugar via executiva alguna, sobre el pago que se pretende de 47µ388. ducados, y 8. rs. resto de los 50µ. de la agregacion los 40µ. de ellos à la Casa, y Mayorazgo de Castel-Rodrigo, y los 10µ. restantes libres, por razon de la Arras en esta cantidad prometidas; y el pretenderse justamente por esto la reformacion en Revista de el Auto de 6. de Noviembre de 671. en que se mandò despachar provission de execucion, contra los frutos, y rentas del Estado de Alcalà; que despues de el transcurso de màs de 46. años, se viene pidiendo por parte de el Principe Pio, Marquès de Castel-Rodrigo, su confirmacion; y la reformacion, y enmienda del mismo Auto, en quanto à que la execucion se denegò por lo tocante à los interesses, ò vsuras de la dicha cantidad.

130 Pues à lo summo; aun quando el Auto de 6. de Noviembre de 671. de èl, no se huviesse suplicado, y en especial por la del Duque de Medina-Cœli, con expression de los agravios que fue alegando, referidos en el Memorial impresso desde el fol. 87. hasta fin de 93. à que se procurò responder por el Marquès de Castel-Rodrigo, segun se haze relacion al fol. 94. y siguiente, pretendiẽdo la cõfirmacion en todo, sin additamento en el punto de interesses, ò vsuras, de que no formò suplicacion; yà no era capàz al presente de continuarse la via executiva, por la prescripcion legitima, causada por el transcurso de tantos años de suspension en su seguimiento: pues despues de aquella determinacion; ò à lo menos desde la de 1. de Febrero de 1675. que vista la discordia, que huvo por el Auto de 22. de Septiembre del año antecedente de 674. se recibiò el pleyto à prueba con termino de 9. dias comunes à las partes, han corrido, hasta aver buelto à proseguir los Autos, mas de 45. años, en los quales, si aun qualquier accion ordinaria, aunque sea la de mas larga duracion, se prescrive, y acaba; quanto mejor se dirà, y militarà esto, en el derecho de

lo executivo? No aviendo impedimento legitimo ( como aqui no lo huvo ) para la prosecucion del pleyto.

131 Y quando se interrumpa la prescripcion en el juyzio executivo, *per l. 63. Taur. quæ est l. 6. tit. 15. lib. 4. Rocopilat.* y quando se perpetue la accion ordinaria, hasta veinte, treinta, y quarenta años ( que es la demàs dilatada vida ) despues de cuyo tiempo toda accion perece, por la prescripcion, que interviene, mediante el transcurso continuo de tan largo tiempo: *agunt AA. relati à Carlev. de iudicijs tit. 3. disp. 4. à num. 5. vsque ad 11. qui ex num. 21. agit latè de interruptione præscriptionis in via executiva; & quando perpetuetur, sicut cæteræ acciones ordinariæ perpetuantur vsque ad interitum earum.* Y citando à *Carlev. Azev. Rodriguez, D. Valenz. consf. 21. à princ. D. Castill. de tertijs cap. 35. num. 19. & alios: sequitur D. Olea decess. iur. tit. 6. q. 11. num. 19.*

132 Y por vltimo, no es necessario recurrir à mas que à los proprios Autos del pleyto; y al vltimo proveìdo en 1. de Febrero de 1675. en el qual, con tan pleno conocimiento de causa, y que cessasse la discordia del Auto de 22. de Septiembre de 674. se recibiò el pleyto à prueba con termino de 9. dias comunes à las partes, cuya providencia mudò lo executivo de que se trataba, à vn juyzio ordinario con prueba ordinaria, opuesta, *ex diametro*, à las vias executivas; no siendo reparable, que muchas vezes, como acontece; por varias causas, *iudicium executivum, converti possit in ordinarium; de qua quæstione egit latè, tam de iure Castellæ, quam Napolitani Regni Carlev. de iudicijs tom. 2. tit. 2. disp. 8. à princip. & per totam disputationem.*

133 Con que si por dicho vltimo Auto (quando de contrario por el Marquès de Castel-Rodrigo, se pretendia se confirmasse, el de la execucion mandada antes despachar ) se mandò recebir el pleyto à prueba en via ordinaria, mediante el termino llano de 9. dias comunes à las partes: se juzgò bien entonces, y aora lo mismo se espera, que por no aver en que legitimamente se fundasse execucion alguna, faltando obligacion, instrumento, liquidacion, ni parte obligada contra quien se dirigiesse, el pleyto se recibiesse llanamente à prueba, para que assi la vna parte justificasse, lo que necessitaba, para obtener à su favor sentencia; como la otra (conviniendole) probasse las excepciones, y defensas justas que tuviesse.

ARTI-

# ARTICVLO QVARTO.

## *SOBRE LA PRETENSION INTENTADA EN este pleyto por Don Manuel de Moura Corte Real, Marquès de Castel-Rodrigo, àzia que por no averſele entregado deſde luego que muriò el Duque Don Fernando los 40U. ducados, de parte de los 100U. de la Dote para imponerlos à favor de ſu Caſa, y juntamente los 10U. de las Arras, como à heredero de la Duqueſa Doña Beatriz, ſe le deſpachaſſe execucion contra los frutos, y rentas del Eſtado.*

134 VAliendoſe Don Manuel de Moura, y Corte Real, Marquès de Caſtel-Rodrigo, de la Executoria de graduacion del año de 1652. (num. 43, y 45. del Memorial) donde en los bienes libres del Duque Don Fernando, ſe le diò grado por los mencionados 50U. ducados, y por los reditos que ſe liquidaſſen deſde 27. de Março de el de 1637. en que dicho Duque muriò, y tambien valiendoſe de la Executoria que aprobò la liquidacion de los que ſe conſideraron devengados, haſta Agoſto del proprio año de 1652. pidiò execucion por el importe de todo, contra los del Eſtado, preſuponiendo para eſte intento poder yà vſar de la reſerva que ſe le avia dexado en la citada Executoria de graduacion, à cauſa de que no aviendo ſido exſequibles los que ſe le avian ſeñalado del Duque, debia tenerſe por hecha la excurſion.

135 Con que ſi de lo haſta aqui dicho ſe ajuſta que yà con efecto eſtaba ſatisfecho quaſi el todo de la Dote à la Duqueſa, y que para proceder por la corta cantidad que ſe reſtaſe, le faltaba el requiſito de la excurſion legitima, contra los bienes libres de ſu marido, podria excuſarſe el contenido de eſte quarto Articulo, ſobre el particular de los reditos que ſe ha querido dimanen de coſa extinguida cap. 60. *de appellat.* cum vulgat.

136 Mas como en el papel contrario vemos el esfuerço que ſe pone azia perſuadir deberſe dichos reditos, y diferirſe à la execucion pedida por ellos, nos es preciſſo procurar reſponder con la proteſta de ſin perjuyzio à lo que para fundarlo ſe alega.

Y prosiguiendo à este fin la exposicion sucinta de lo actuado, consta con efecto, que aviendose mandado por Auto de 6. de Noviembre de 1671. despachar execucion por 47U388. ducados, que baxadas algunas porciones, se considerò restarse cumplimiento à los 50U. de la Dote, y Arras, denegandola en quanto à los reditos, suplicò la parte del Estado, y expressò agravios, sobre el particular de aver diferido à la execució por la mencionada cantidad de la Dote, y que dado traslado à la del Marquès, pretendiò su confirmacion *en lo favorable*, sin monstrarse agraviado en que se le huviesse denegado por los reditos, ni pretender en quanto à ellos reformacion del citado Auto.

137 Las determinaciones avidas sobre este assumpto, han sido remitirse el pleyto en discordia por el de 22. de Septiembre de 1674. y luego recibirle à prueba ordinaria por otro de 1. de Febrero de 1675. desde quando à estado suspenso hasta 22. de Enero de 1721. en què la del actual Marquès de Castel Rodrigo le à buelto à suscitar, instando en la confirmacion de dicho Auto de 6. de Noviembre de 1671. en lo tocante à la execucion mandada despachar por los 47U388. ducados, y queriendo se reforme en quanto la denegò por los reditos, à cuyo intento interpone aora la suplicacion, que entonces se omitiò.

138 Y pues vno de los puntos de este pleyto, es indagar, si el pedimento del antecedente Marquès de Castel-Rodrigo, en que pretendiò confirmacion del citado Auto con la limitacion que de contrario se presupone causar la palabra *en lo favorable*, se extendiò à ser de suplicacion, sobre que se reformasse en el particular de los reditos; y otro averiguar, si es, ò no admissible la suplicacion que al cabo de 46. años viene interponiendo el actual, convendrà evaquarlos ambos, antes de passar à las demàs questiones que toca en este articulo quarto.

# PVNTO PRIMERO.

*SOBRE QVE EL ANTECEDENTE MARQVES DE Castel-Rodrigo, no suplicò del Auto de 6. de Noviembre de 1671. en que se le denegò la execucion por los reditos, y que à el actual no le es admissible la suplicacion que interpone aora.*

139. FIrme queda la sentencia, que no fuere apelada dentro de los cinco dias siguientes à el de su notificacion, ley 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *Recop.* ibi: *Que dende en adelante*

*la ſentencia, ò mandamiento quede firme*: y en los Tribunales Superiores executoriada la de Viſta no ſuplicada à los diez, ley 1. del *tit.* ſiguiente, ibi: *Dèn, y libren Carta Executoria como de ſentencia paſſada en coſa juzgada*: y pues aſsi ſucediò con el citado Auto, mediante conſtar à los folios 87. 94. y 96. del Memorial, que ni en el eſcripto donde el antecedente Marquès pidiò la confirmacion, ni en los que deſpues diò proſiguiendo la inſtancia con muchos articulos, y prueba que huvo, a fin de tomar pleniſſimo conocimiento de cauſa, hizo mas que inſtar por la confirmacion, y reſponder à los agravios, ſin tocar palabra alguna ſobre la denegacion de los reditos, ni en orden à que en quanto à eſto ſe reformaſſe, obſtan à la pretenſion del actual dichas leyes con lo demàs que juntò D. Salg. *part.* 3. *laber. cap.* 2. *num.* 72. ibi: *Quando actus alicui præiudicialis, & damnoſus ex iudicis decreto parti, cuius inter eſt, intimatur, & nihil in contrarium allegaverit, tacitus ex inde inducitur conſenſus, & approbatio, ita vt de cætero ei ſtate cogatur.*

140 De tenerlo aſsi preſente la parte del actual Marquès, reſulta intentar perſuadir num. 108. de ſu informe, eſtàr ſuplicado tambien del referido Auto, y en eſtado de poderſe reformar, en quanto al particular de aver denegado la execucion por los reditos; y el primero medio que alega para eſte aſſumpto conſiſte en dezir, que pues el anteceſſor pidiò la reformacion en lo *favorable*, ſe debe entender, *que tacitamente ſuplicò en lo que le era perjudicial*; y el ſegundo, en que yà oy el Marquès actual *por el intereſſe de ſu Caſa, y Mayorazgo, expreſſamente ſuplicò de la referida qualidad, pretendiendo ſe ſupla, y enmiende, y que la proviſion de execucion ſea tambien por los reditos*, dando por ſentado, que para eſta *pretenſion ſe le contempla derecho, quando en ſus anteceſſores huvieſſe avido omiſsion en deducirla expreſſamente.*

141. Y deſſeando ſatisfacer noſotros con la miſma individualidad (preſupueſto no diferenciarſe quoad ſubſtantiam apellatio, & ſupplicatio, vt docent Fontanel *deciſſ.* 412. à num. 16. ac cum multis Matheu *de re crim. controv.* 1. *num.* 66. & *controv.* 18. *num.* 26. & Parexa *de inſtrum. edit. tit.* 6. *reſol.* 6. *num.* 11.) y entrandonos deſde luego en la indagacion de el modo de interponerla, hallamos en la ley 1. §. 4. ff. *de appellat.* debe ſer con expreſsion de la ſentencia, ò parte de ella, en que ſe ſiente agraviado el apelante, ibi: *Et a qua ſententia*, y de el agravio, y cauſa en que

se funda cap. 62. *de appellat.* ibi : *Dum modo in appellatione ipsa expressa fuerint*, & glosa, ibi : *Item causæ propterquas appellatur sunt exprimendæ in ipsa appellatione, & propter illas apellandum est.* Paz, *in prax. part. 5. tom. 1. cap. 2. n. 2.* ibi : *Causæ gravaminis debent exprimi in eadem supplicatione*, estrechando tanto que finaliza diziendo : *Aliter enim supplicatio censetur deserta.*

142 Por esta razon, hablando Fontanela, *deciss.* 413. de la sentencia agraviada à ambos litigantes, encarga tenga cada vno cuydado de apelar, ò suplicar, expecificando la parte que le fuere perjudicial, ibi : *Consulimus semper partibus appellent, aut supplicent non simpliciter à sententia, sed à capitibus illis præiudicialibus*, y lo contexta D. Salg. *de protect. part. 3. cap. 15. num. 9.* Y aunque Scaci, *quæst. 4 art. 2. num. 19.* de este tratado, previno no ser precissa para su interposicion la voz *Suplicò*, *ò Apelò*, advirtiò al instante serlo alguna de las equivalentes, *vt si dicat Proclamò, Provocò, Conqueror*, de cuya calidad no es la palabra *en lo favorable*, que aunque se tome por limitativa, como lo son las taxativas, *solum, tantum, quatenus, dumtaxat*, serviria de explicar, que el Marquès se contuvo en pedir confirmacion del citado Auto en quanto à la execucion de los 47U388. ducados de la Dote, pero no que se estendiò à suplicar, y pedir reformacion en la parte que se le denegò por los reditos, porque para esto era menester suplicacion formal, como queda dicho, y lo assegura ademàs Carol. Anton de Luca, *ad Gratian. Schol. 23. num. 2.* ibi : *Quia bona practica appellandi est vt quis approbet sententiam quatenus facit pro se, quatenus autem facit contra se ab ea appellet, si quidem tot videnter sententiæ quot sunt articuli.*

143 Fuera de que dado, y no concedido, equivaliesse dicha voz *en lo favorable* à las vozes *Apelò, Suplicò, Proclamò, Provoco, Conqueror*, todavia esto no era bastante para considerarse interpuesta suplica por el Marquès en quanto à la denegacion de la execucion por los reditos, respecto de que à ello no alcançan las equivalentes por si solas, y sin q̃ concurran juntamente otras en que el litigante se muestre agraviado, y pida la reformacion, como tambien queda sentado con Paz, y lo fundan Maranta *de ordin. iudit. part. 6. act. 2. num.* 141. Scacia, *d. art. 4. num.* 25. Cancer. *part. 3. cap. 17. ex num. 63. ad* 75. Fontanel. *d. deciss.* 413. *n.* 8. ibi : *Dicendo sententiam esse nobis præiudicialem, & gravatoriam causis & rationibus ex processu resultantibus.*

144 Exfuerçase recurriendo à la ley *ampliorem* Cod. de *appellat.* pues aunque es verdad que como opuesta à buena administracion de justicia derogò la formalidad de no poderse revocar qualquier sentencia mas que en la parte agraviada acia el litigante que la apelasse, y juntamente mandò se revocasse asimismo en lo que lo fuesse al no apelante, tambien es verdad aver prevenido, que para poderlo asi practicar, debia preceder al menos, el que este lo pidiesse, arrimandose à la apelacion. vt acute notavit Bald. *num* 1. ibi: *Licet non requiratur quod appellatus appellet, tamen requiritur quod petat.*

145 Oygamos como acia este assumpto la entiende Figueroa, *de iure adhærend. appellat. cap.27. num.65.* ibi: *Indubitanter teneas textus decissionem dictæ legis Ampliorem ita intelligi debere, vt qui non interpossuit appellationem à sententia contra eum lata ad hoc vt ei prosit ab adversa parte interpositæ præcisse debet adhærere, vt iudex in eius favorem eam revocare possit,* cuya razon dexaba dada *num.* 34. diziendo: *Qui eius beneficio vti voluerit, ipsius formam observare debet, & appellationi ab alio interpositæ adhærere, aliàs enim qui non appellat, neque alterius appellationi adhæret, sententiæ assentitur, & nihil aliud petere poterit, nisi eius confirmationem.* Con que pues no se arrimò el Marquès antecessor à la suplicacion de el Estado, ni con las vozes formales, *Arrimandome à la suplicacion de contrario interpuesta, y en lo neccssario, interponiendola de nuevo*, que es el modo corriente delibelar, ni el susodicho pudo, ni el actual puede gozar de este beneficio, vt vlterius docet ipse Figueroa, *num.* 19. ibi: *Adhæsionis beneficium neutiquam competit nisi ei qui verè alterius appellationi adhæsit*, y para en nada dexar duda prosigue, *nam petere debet.*

146 Y aun es opinion muy fundada de Socino Senior. *tom.* 1. *consil.* 45. Alexand. *lib.* 2. *consil.* 10. & 135. Lancelot, *de atent. part.* 2. *cap.* 12. *ampl.* 12. Rebuf. *de appellat. art.* 1. *gl.* 1. Guido Pap. *deciss.* 436. Felino, *in cap. quoad consultat. de re iudicat.* Vancio *de nullitat. tit. aquo, & quib. mod.* Mascard. *concl.* 1278. Castillo, *in leg.* 72. *taur.* Gutierr. *de iuram. confirm. part.* 1. *cap.* 19. Graciano, *tom.* 3. *discept.* 573. y Azevedo, *d. leg.* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *num.* 62. que esto debe practicarse dentro de el tiempo prefinido para aver de interponer la apelacion, ibi: *Adhærens appellationi adversarij debet intra hos quinque dies adhærere*, con otros muchos que trae Hontalva *de iur. superven. q.* 1. *num.* 29.

147 Ni obſta, el que Rebufo, *tom. 2. de reſcript. art. 3.* *gl. 4. num. 5.* y Giurba, con otros que cita *deciſſ.* 30. digan que la apelacion ſola de vn litigante es comun, y ſuficiente, para que ſe reforme la ſentencia en lo que no fuere favorable al otro, en tanto grado, que aviendo el Actor pedido diez, y no condenado el Juez al Reo mas que à la paga de cinco, ſi eſte apelare de ello puede ſin que el Actor apele, ni pida coſa alguna, revocarla condenandole en todos diez, porque aunque eſto ſea aſsi indiſtintamente cierto incriminalibus vt tenet Fontanela *deciſſ.* 412. *num.* 7. no lo es in civilibus mas que quando la ſentencia contiene vna parte, ò capitulo ſolo, & ita aſſerit, & docet etiam Scacia de *appellat. queſt.* 17. *num.* 19.

148 Siguenle Azevedo, *vbi ſup. num.* 3. ibi: *Hoc intelligendum eſt verum eſſe quoties ſententia illa continet vnum capitulum.* D. Salgado, *de protect. part.* 3. *cap.* 15. *num.* 2. ibi: *Et quod ſententia continenti diverſa capitula ſeparata pars vna appellet limitate* quatenus contra *illa appellatio valet pro illa parte, & capitulo limitato, & pro reliqua parte, & capitulo in quo non eſt appellatum ſententia tranſeat in rem iudicatam,* y es ademàs lugar puntualiſsimo por comprehenderlo todo el de Anton. Gomez, *lib. 2. var. cap.* 11. *num.* 16. ibi: *Licet appellatio ſit communis vtrique parti vt eſt caſus vnicus in leg. ampliorem C. de appellat. ſecundum Bald. & communiter D.D. ibi: Tamen illud eſt verum ſi ſententia contineat vnicum capitulum, vel plura connexa; ſecus vero ſi plura capitula ſeparata, & vna pars appellavit à certis capitulis, & alijs non: quia tunc alia pars non poteſt ſe iuvare illa appellatione circa alia capitula à quibus non eſt appellatum,* vbi Ayllon cum Tuſco, & Cevallos, ac cum plurib. alijs Figueroa *cap.* 49. *num.* 12. *& ſeqq.*

149 Y la razon de eſto es, porque quando la apelacion, ò ſuplicacion ſe interpone por alguna de las partes de vn ſolo capitulo, no debuelve juriſdiccion para oir en los otros vt cum Abbat. Lancelot. Oſaſco, Franch. Burſato, Carpano, Scacia, Marcheſano, Surdo, Gracian. Maſtrillo, Coſta, Tuſcho, Cavalcano, y otros, Amato *part.* 1. *reſolut.* 9. *num.* 4. ibi: *Et id tantum, à quo eſt appellatum devolvit,* ac cum Giurba, & Fabro Fontenel, *deciſſ.* 413. *num.* 1. ibi: *Tunc appellatio non eſt communis, nec ſupplicatio cum tantum devolvatur id, à quo fuit ſupplicatum.* D. Salg. *d. cap.* 15. *num.* 10. ibi; *Et ratio eſt quoniam appellatio interpoſita ſuper vno articulo ſeparato non ſuſpendit iuriſdictionem iudicis à quo in alijs*

*arti-*

*articulis separatis, nec eam devolvit*, Figueroa cap. 49. *num.* 14. ibi: *Quia cum quis appellationem dumtaxat interponit à capitulis, vel partitis contra se facientibus, si separationem ab alijs accipiunt, causa ad superiorem tantum in eis devolvitur, leg. etiam, ff. de minor.*

150 Ni para dezir, que en el caso de nuestro pleyto no ay capitulos separados, sirve que el Marquès quiera persuadir, *num.* 144. de su papel (aunque à diverso intento) que los interesses, y la Dote son vna misma cosa, ni que con Navarro, Barbat. y Fusario lo huviesse dicho Noguerol *allegat.* 17. *num.*22: lo vno, porque el hecho solo de ser distintas las cantidades, ò el de dividirlas la sentencia basta paraque se considere contener partes dividuas, y capitulos separados, segun que con Marciano, *disp.* 16. Jacobin. *in leg.* 1. *C. si vnus explurib.* Lanar. *consil.* 33. y otros lo afirma Carol. Anton. de Luca, *d. schol.* 23. *n.* 3. *vers. contrarium*, ibi: *Poterit per sententiam dividi pro vt divisit iudex, & consequenter sententia dicitur continere diversa capita, quæ divisionem, & separationem patiuntur*: y pues estàn con efecto divididas en la de nuestro pleyto, podrase yà dezir con la ley 14. *ad leg. Cornel. de fal. sic inveni Senatum censuisse.*

151 Lo otro, porque comprueban esta separacion las muchas doctrinas que juntò D. Larrea, *decis.* 37. y principalmente en el *num.* 22. donde con Navarr. Surd. Cephal. D. Covarr. Riccio, Cavalcan. y Fabro, dize: *Tunc etiam de per se principaliter in hoc casu venit interesse, quia nascitur postea ex mora, quæ in restituenda dote facta est, & ideo non nascuntur vsuræ cum obligatione principali, sed ex accidenti culpæ supervenientis* ::: *Et cum vsuræ debentur ex nova, & supervenienti moræ obligatione per se considerari debent, & si pendeant à prima obligatione.* Y en el *num.* 29. ibi: *Vsurarum dotalium causa, vt prædiximus, dissimilis est à vi, & ratione facultatis quippe dotis interese debetur ex mora.*

152 Y aun es mas atendible en este pleyto lo referido, respecto de que los reditos no se piden oy al caudal del Duque, sino al de el Estado como Fiador suyo, en cuya obligacion, ni en las Capitulaciones matrimoniales que precedieron, ni en la Facultad Real que permitiò su otorgamiento, se hizo mencion alguna de tales reditos; por lo qual, y como de tan estrecha naturaleza, se reduce solo à lo que expressamente contiene, vt etiam D. Larrea *num.* 29. ibi: *Quia tunc non extenditur obligatio ad quid quam quod expressum.*

# PVNTO SEGVNDO.

## *SOBRE QVE LA DOCTRINA DEL SEñOR Salgado no conduce à el intento del Marquès, y en que se responde à otras que omitiò.*

153 LA authoridad del señor Salgado *part.2. de supplicat cap.31. num.99.* 101. y 102. con que la parte contraria, sin hazerse cargo de tan solidos fundamentos, que excluyen su primero medio, le presupuso probado *num.* 108. del informe, es bien agena del assumpto presente, mediante que lo que alli defiende el señor Salgado es, que para tenerse por revocada, ò confirmada la sentencia del Juez *à quo* de forma que aya Executoria, no se necessita que el *ad quem* diga *Confirmo*, ò *Revoco*, pues basta explicarse con vozes equivalentes, que en substancia contengan el mismo efecto, como son hablando del reo condenado apelante, dezir *Absuelvole, Doyle por libre, Declaro por buena su apelacion,&c.* Y à este modo tambien respective al actor.

154 Y el ser bastante esto se funda en que caen sobre apelaciòn interpuesta, quexa dada, y pretension expressa de que el Superior la dicida propuestas en forma, y dẽtro del tiempo establecido por derecho para el recurso de la primera, y segunda instancia: y como quiera q̃ en los pedimentos todos del Marquès antecessor faltaron estos indispensables requisitos, de nada aprovecha para lo que oy se intenta la mencionada prevencion, ò limitacion de la palabra *en la favorable*, puesto que secundum glossam *in leg. si quis ad exhibend. ff. de except. rei iudicat. Sententia iuxta acta, & discussa debet proferri.*

155 Tampoco puede aprovechar el que con Fontanela *decis.* 412. *num.* 12. se diga de contrario, que en la generalidad de la clausula, *Pido justicia*, con que siempre concluyen los pedimentos, y concluyeron los del Marquès antecessor *Censeatur petitum quodcumque expedit, & convenit parti, & ex consequenti reformatio etiam sententiæ in sui favorem censetur petita*; porque si lo funda Fontanela, vt ibi est videre, en la exposicion que de dicha clausula trae August. Barbosa, debiò reparar que este Autor previno, y advirtiò en el voto 31, *num.* 9. y 10. no tener tal efecto, y

extension quando en orden à el agravio sobre que se pretende la reformacion, nada se alegò en dichos pedimentos; ibi: *Illa clausula non extendit vires suas vltra explicata in libello, nec comprehendit modos non narratos.*

156 Ni assimismo favorece al Marquès actual el principio de la ley 1. & ibi glosa *ff. vt quæ dessunt advocat*, sobre que de oficio puede el Juez suplir la suplicacion, ò adhesion, que omitieron su Antecessor, ò Procurador, que le defendiò, y la expression de agravios que su Abogado no hizo, y por este medio reformar aora la Sala el referido Auto en quanto denegò la execucion por los reditos si hallare en el processo meritos para ello; porque dicha facultad se concede al Juez solamente para que supla en las cosas, y puntos de derecho, vt cum Baldo, & Felino tenet Figueroa dict. cap. 27. *num.* 42. ibi: *Hoc enim tantum locum habet in his, quæ iuris sunt.* Y assi para determinar puede valerse de los fundamentos legales, y juridicos que el Abogado omitiò; pero se niega en las que son de hecho vt ibi etiam num 44. *Secus vero in facto, in quo supplendi facultatem nullam habet*, y por esso deben las partes probarle, Avendaño *respons.* 1. n. 20. ibi: *Et sic factum causæ legitime probandum est*, y tambien por ser desta clase la adhesion, no puede suplirla vt iterum Figeroa num. 47. ibi: *Vndè cum adhærendi actus in facto consistat, hoc iudex neutiquam supplere valet.*

157 Amplissima es la facultad que àzia el modo de sentenciar concediò à los Juezes la ley 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* pues encarga, *que aunque fallezcan las solemnidades, y substancias de la orden de los juicios :: siendo hallada, y probada la verdad de el hecho por el processo en qualquiera de las instancias que se viere ::: los determinen, y juzguen segun la verdad que hallaren probada en los tales pleytos*, y con todo esso no se extiende à que suplan el defecto de apelacion, ò suplicacion, à causa de que consistiendo en hecho que el litigante puede omitir, dize Azevedo *num.* 59. que nada sobre ella dispensò, ibi: *Non vero circa apellationis formam, & modum.*

158 Y si se nos quisiere replicar con el Card. de Luca, *discurso* 37. *de iudic. num.* 71. que todavia en los Tribunales Superiores no son apreciables estos tan prolixos reparos, antes si desestimandolos se atiende solo à si la sentencia es, ò no justa para averla de confirmar, ò reformar, como lo practica la Curia Romana, ibi: *Attamen Curia Romana non de facili immoratur in his*

*rigo-*

*rigoribus, sed emomendabiliter iustitiæ, ac veritatis substantiam attendit.* Responderèmos, que lo que el Card. de Luca afirma desestimar la Curia Romana, es la opinion de los que defienden deberse vsar de la adhesion dentro de el termino mismo concedido para averse de interponer la apelacion, ò suplicacion citados num. 146. de este papel, y otros que refiere Figueroa cap. 7. n. 1. como con claridad consta de las mismas palabras de Luca, ibi: *Et quamvis DD. pro consuetis legalibus subtilitatibus, vel superstitionibus id restringere soleant, quatenus nempe adhæsio infratempus ad appellandum facta sit vt ita speciem apellationis redoleat.*

159 Pero no dize que observe tal practica en pleyto, donde aviendo vno de los litigantes suplicado, y expressado agravios de la sentencia en la parte que le fue perjudicial, y dadose traslado de llo à su contrario, este sin mostrarse agraviado en cosa alguna de la misma sentencia, y respondiendo à los agravios, pidiò la confirmacion en todos los escriptos de la instancia, y articulos que incidieron hasta su legitima conclusion, que son los terminos propissimos de el nuestro, en los quales, y para prueba de que ni la Curia, ni otro Tribunal alguno, pudiera en buena judicatura observarla, ni tan grave Author como el Card. de Luca defenderla, bolvamos à leer à Figueroa, cap. 8. num. 24. ibi: *Cæterum si ab eo, qui appellationem interpossuit coram Senatu, & Superiori sunt gravamina expressa, quorum ratione desiderat vt sententia retractetur, & ab adversa parte responsione sequta, dicat tantum, & proferat quod gravaminibus non obstantibus prædicta sententia confirmari debeat reiectis oppositis contra eam, absque eo, quod aliud proferat, nec alterius appellationi iure abhærendi vtatur, tunc nullatenus eo vti poterit ::: Ex eo enim quod dixit in gravaminum responsione sententiam confirmandam fore, limitativè tantum hoc desiderat, & adhæsionis beneficio neutiquam vti velle fatetur.*

160 Y vno de los muchos fundamentos, con que lo afiança es dezir *num.* 27. que en tanto favorece este beneficio de la adhesion, en quanto la parte à quien el derecho le concede, explica, y declara quererse valer de èl, ibi: *Nam vbi actus ipso iure in alicuius favorem tendit, ei iubat, si expresserit, & declaraverit eo vti velle*; y otro, que con el mero hecho de responder à los agravios de el contrario, insistiendo en la confirmacion de la sentencia, extinguiò, y resolviò la facultad de arrimarse à la suplicacion, vt num. 37. ibi: *Resolvitur omnimodo per predictam responsionem gravaminibus*

*minibus ab adversa parte expressis, instando, vt sententia confirmetur adhærendique iure non vtendo.*

161 Bien lo reconociò asi todo la parte de el Marquès actual, y el que aunque le perjudicasse lo actuado con su antecessor debia proseguir la instancia en el modo que la hallaba, leg. *in iudicio ff. fam. ercisc.* D. Molina *lib. 4. de primog. cap. 8. n. 3. & 5.* vbi Addent. ac D. Castillo cum pluribus *lib. 5. cap. 157. n. 24.* no recurriendo al medio de culparle en no aver suplicado formalmente de el citado Auto, para que no quedasse damnificado el Mayorazgo, que como quid mere intelectuale D. Paz *de tenut.* cap. 65. n. 13. D. Larrea *decis.* 10. n. 19. D. Salgad. *de retent. part.* 1. *cap.* 12. *num.* 11. Valeron *de transact. tit. 4. quæst.* 2. n. 15. no debe quedar damnificado, y por esso la interpone aora.

162 Mas esta diligencia de nada le sirve, atento à que siendo la ley *si servus plurium* 50. §. 1. ibi: *Non tamen provocaverit. ac* §. 2. ibi: *Vel minus plene defendit causam, ff. de legat.* 1. el texto capital de donde los Anthores deducen la conclusion de que al que ganò Executoria contra posseedor de Mayorazgo no le aproveche si este dexò de apelar de la sentencia del Ordinario, ò suplicar de la de Uista, se entiende ser asi quando fraudulenta, y maliciosamente coludio en la omision el mismo que obtuvo dicha Executoria, y no quando no ay otro motivo que el de la mera negligencia de el posseedor.

163 Tiene esta inteligencia el apreciabilissimo fundamento de ser dada por Alverico, Jason, Cumano, Iacobo de Arenas, y Bartulo, à quien sigue la glossa, ibi: *Sic ergo nota, quod colludenti sententia non prodest* D. Covarr. lib. 1. pract. cap. 15. n. 2. ibi: *Nec culpa hæredis in omissione appellationis tribuit ius aliquod, quo possint legatarij subterfugere rei iudicatæ exceptionem.* y Peregrin. *de fideicomm. artic.* 53. *num.* 59. donde aviendo sentado la resolucion de Bartulo dize: *Mihi autem placet Bartuli consideratio, nam quoad victorem, qui culpa caret, & à cuius sententia legatarius non appellavit, non videtur aliqua sub esse causa pro legatarijs.*

164 Y vrge aun para mayor claridad de lo referido, y de lo terminante de estos lugares el que haziendose Peregrino cargo de el perjuizio àzia los otros interessados, responde que mediante dimanar de culpa cometida vnicamente por el heredero, serà contra este el recurso, y accion que pudiere competerles: ibi: *sed adversus hæredem legatarijs, & fidei commissarijs ob culpam suam dabitur*

 *actio,*

*actio*, y no contra el litigante que por carecer de ella, ſe le à de conſiderar ſiempre aſſegurado, y protegido con la miſma determinacion, como lo avia referido con Bartulo *dict.* n. 59. ibi: *Et in ijs caſibus ſecundum Bart. tutus eſt victor.*

165 Preſente tenèmos, que el ſeñor Molina, y los Addentes n. 7. y el ſeñor Caſtillo *num.* 26. verſ. *ij autem ſuperius* con los que refiere, parece conſiderar por ſi ſola ſuficiente la omiſsion de el anteceſſor para poder en qualquiera tiempo interponer la ſuplicacion; pero reflexionando ſu doctrina, no la hallamos opueſta, reſpecto de que hablan, como en el ſeñor Molina, y ſus Addentes conſta al n. 9. y en el ſeñor Valençuela *conſil.* 60. n. 67. en el caſo de ſer la omiſsion tal, que ella propria pruebe aver intervenido con efecto coluſion, y fraude en dicha negligencia ſegun lo demueſtra el exemplar que de Arias Pinelo *part.* 3. *leg.* 1. *Cod. de bon. matern.* num. 69. tranſumpta el ſeñor Caſtillo d. num. 26. de quando el anteceſſor diſpuſo quedarſe indefenſo à fin de que ſu contrario conſiguieſſe favorable determinacion, ibi: *Paſſus fuit ſe vinci* que deſpues, y quaſi al fin de el verſ. *nunc autem*, num. 26. repitiò diziendo: *Si quis patiatur ſe vinci*, y ſon palabras ſacadas de la ley 3. ff. *quæ in fraudem credit*, ibi: *Vel litem mori patiatur.*

166 Lo miſmo que el ſeñor Molina dexaba ſentado para en los caſos de no aver el anteceſſor apelado de la ſentencia de el Ordinario, ò ſuplicado de la de Viſta, dixo en las Anotaciones *num.* 18. deberſe obſervar quando no conſtando de el proceſſo ſer inutil la ſegunda ſuplicacion al Conſejo, omitiò interponerla, ò ſeguir la que avia interpueſto, de cuya practica teſtifica ſu Addicinador Maldonado con el ſeñor Amaya *leg. unic. Cod. de ſentent. adverſ. fiſc. num.* 20. Y llegando el ſeñor Caſtillo à tocar eſte puuto, *n.* 38. verſ. *quatenus*, dize neceſsitar de mayor deliberacion, y explicacion, ibi: *Maiori quidem deliberatione, aut declaratione res indigere videtur.*

167 Y la que adelanta es remitir al prudente arbitrio del Juez conceptuar ſi de la calidad de las perſonas, y de la de el pleyto, y ſus circunſtancias es dable venir en conocimiento de que eſto pueda tener lugar, ibi: *Quod ex qualitate rerum, & perſonarum, & alijs circunſtantijs, quæ occurrant; melius, & ſecurius prudens iudex dignoſcere poterit, quam aliqua certa, aut generali regula, ſive doctrina circunſcribi valeat.*

168 Con que ſi en nada ſe diferencian eſtos tres caſos,

como

como lo afirma el mismo D. Molina *d. num.* 18. ibi : *Non video rationem diferentiæ inter hunc casum, & eos, qui in hoc capite deciduntur*; y lo contexta D. Castillo *dict. num.* 38. vers. *ex ijsdem quodque*, y para tener lugar la apelacion de la sentencia de el Ordinario, y la suplicacion de la de Vista omitidas, ò no proseguidas, se requiere que la negligencia sea fraudalenta, y colusoria, vendrà à estàr remitido tambien al prudente arbitrio de el Juez proporcionar à la calidad de las personas, y la de el pleyto, y sus circunstancias este requisito.

169. Discurso ninguno forma la otra parte àzia comprehender en èl al Marquès su antecessor; y con razon, pues fuera de que eomo dixo la glossa in *leg.* 1. *ff. de collusion. detegend. hoc erat turpissimum dignitati*, le indemniza su propio interesse, vt cum Baldo, Socino, Alexandro, & Tiraquello notat Arias Pinelo vbi sup. num. 50 ibi : *Tunc enim fiat iuris præsumptio, quod ille ob interesse proprium fideliter, & attente litigaverit* : ni al Procurador; y haze bien, pues constando por lo actuado aver andado tan solicito en responder à los agravios de la de el Estado, y pedir confirmacion de el Auto, se evidencia que el no interponer la suplicacion, no provino de la omission que considerò culpable Guzman *verit.* 4. n. 40. ibi : *Si cum victus fuit non plenè se defendit, vel ex pigritia procuratoris*, sino de averla tenido por infundamental el Abogado, y querido evitarse la nota, en que incurren los que con frivolas apelaciones molestan à los litigantes, que obtuvieron providencias favorables, vt cum D. Thoma, Soto, Navarro, Mercado, & alijs tradit Gutierr. *lib.* 1. *pract. quæst.* 29. *num.* 1. y refiriò despues el Card. de Luc. *dict. discurs.* 37. *de iudic. n.* 28. ibi : *Qui ita curant defatigare victores.*

170 Y pues por lo respectivo à circunstancias del assumpto sobre q̃ se à sufrido el pleyto, han de conceptuarse de lo deducido en los tres articulos antecedentes, y se alegarà en los puntos restantes, finalizamos este diziendo, que si el beneficio de la adhesion, que para su vso tiene mas tiempo que el de la apelacion, y suplicacion, no se permite à quien yà respondiendo à los agravios de su contrario, à pedido confirmacion de la sentencia, ni aun pretestando su admission con error, que en no vsarle se atribuyesse al Abogado, mediante que esto avia de significarse reformando el pedimento dentro del dia mismo de su presentacion cap. 62. *de appellat.* ibi : *Eadem die advocati responsio extiterit revocata*, ò al menos

menos en los tres siguientes, como con *la ley error facti C. de iur. & fact. ignorant.* previene la glossa, ibi: *Vel saltem vsque ad triduum*, y de ello darse traslado al Estado para que opusiera lo que le competiesse, y no quedasse indefenso, vt cum plurimis Hontalv. *de iure superven. quæst. 7. conclus. 3. num. 54. 55. 56.* y 57. ibi: *Dummodo detur copia reo, vt possit se defendere, & eius semper salva maneat defensio,* mucho menos se podrà permitir la suplicacion, que aora al cabo de 50. años de conclusa la instancia viene interponiendo el Marquès actual.

# PVNTO TERCERO.

*SOBRE QVE LA CITADA EXECVTORIA EN que à el antecessor Marquès de Castel-Rodrigo, se diò grado por los reditos de los 50ꝫ. ducados, y la de aprobacion de la liquidacion que de ellos se hizo, no son exequibles conforme à lo dicho en los articulos antecedentes, y otros fundamentos que aqui se expressaràn.*

171 REmitiendose la otra parte à los num. 51. y 64. de el Memorial dize en el 107. de su informe, que *luego que cayò la Executoria en que al Marquès, y à la Duquesa se mandaron pagar sus creditos con los reditos que al Marquès tocaban, y por otra Executoria se aprobò, saliò pidiendo pago, y sin que por el Estado en este punto de reditos se huviesse hecho mencion alguna, contentandose solo con las alegaciones en lo principal,* se mandò despachar la provision de execucion por los 47ꝫ338. ducados de la dote, y *se denegò por lo tocante à reditos.*

172 No parece debiera aver sido assi, pues como con la ley 1. ff. *de re iudicat, leg. minor 25. annis ff. de minorib. leg. executorem Cod. de execution. rei iudicat. cap. quo ad consultationem de re iudicat* dizen Maranta *specul. Advocat. part. 6. tit. de execut. sentent. num. 3.* Collerus *de proces. execut. part. 1. cap. 2. num. 1.* D. Greg. *leg. 15. tit. 4. part. 3.* Azeved. *in rubric. tit. 21. lib. 4. Recop. Parladorio lib. 2. rer. quotid. cap. 22. §. 1. in princip.* Rodrig. *de execut. cap. 1. num. 1. frustra ferrerentur sententiæ, nisi debitæ mandarentur executioni,* siendo como con efecto son exequibles aun contra los herederos, y fiadores

res del deudor vencido, vt cum pluribus alijs idem Rodrig. *cap.*4. *num.* 1. *ac* 42. maximè asſiſtiendolas ſiempre la prerrogativa de averſe de tener por juſtas iuxta late tradita à D. Valencia *tract.* 2. *illuſt. lib.* 2. *cap.* 8. & Valeron *de tranſact. tit.* 2. *quæſt.* 4. *num.* 1.

173 Y pues la parte contraria miſma confieſſa que ſe denegò aun ſin objeccionar dichas Executorias la del Eſtado, avrà de confeſſar tambien no ſeria por excepciones que la Sala conſideraſe competerle para impedir el progreſſo, por que eſtas deben oponerſe en los diez dias *leg.* 3. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.* ſino porque reconociò nacer de ellas alguna que impidieſſe el ingreſſo, que es el caſo en que de oficio puede, y debe el Juez atenderlo, y denegar la execucion. D. Ualenz. *Conſil.* 68. Avendañ. *cap.*16.*prætor.lib.*1. *num.* 11. Azeved. *leg.* 3. *tit.* 3. *lib.* 5. *num* 33. D. Salgad. *part.* 4. *de reg. cap.* 7. *num.* 99. & ſeqq. Parexa *tit.* 4. *reſolut. vnic. num.* 50. Eſcob. *de ration. cap.* 38. *num.* 10. ibi: *Quando exceptio ex eodem inſtrumento, quod executioni mandatur, reſultat, & evidenter apparet, & ſi aparte non apponatur, poteſt iudex ex oficio ſuper illa pronuntiare.*

174 Y aſsimiſmo pues, que para eſto ſe neceſsita que la excepcion ſea cierta, y ſin contener duda alguna en hecho, ni en derecho. Cencio *de cenſib. quæſt.* 95. *num.* 31. Poſth. *de manut. obſerv.* 64. *à num.* 1. Tondut. *de penſionib. cap.* 51. *num.* 10. D.Larr. *deciſſ.* 17. *num.* 15. *ac deciſſ.* 18. *num.* 13. D. Olea, *tit.* 5. *quæſt.* 10. *num.* 17. ibi: *Sive in facto, ſive in iure dubitas conſiſtat,* avrà de conceder igualmente que la que ſe conſiderò por la Sala ſeria de nulidad notoria, y manifieſta, pueſto que eſte es el defecto, ò vicio, que à las executorias quita ſu exequibilidad. D.Covar. *cap.* 25 *pract. num.* 2. Rodrig. *de execut. cap.* 6. *num.* 18. ibi: *Quoties nulitas hæc notoria eſſet, & ex inſpectione actorum facile conſtaret; nam tunc adverſus tres ſentencias conformes admiti poteſt, & earum executionem impedire;* y con Eſcobar *de purit. part.* 2. *quæſt.* 4. *artic.* 2. *num.* 23. Cyarlin. *lib.* 1. *controverſ. cap.* 49. *num.* 36. Hontalv. vbi ſup. *num.* 120. *ibi: Hinc demum ſi nullitas ſententiæ ex ipſamet appareat ipſo iure, & aparte nullitate non oppoſita reijci debet ſententia.* Y con razon, porque entonces ni aun nombre de ſentencia merece, *leg.* 4. *§. condemnatum* vbi D. D. *ff. de re iudicat.*

175 No ſe le ofreciò à la parte del actual Marquès eſta inexcuſable reflexion quando dixo en el *num.* 149. que mediante tener Executorias, y que nada en contra avia alegadoſe por el Eſtado, ni antes de ellas, ni deſpues que en ſu virtud pidiò la execu-

cion, le ſobraba todo lo que dexaba *diſcurrido en eſte punto para que por lo determinado ſe ſupla, y emmiende la qualidad de los reditos, y que eſtos ſe la acrediten*, atento à que el hecho ſolo de hallarla denegada, y eſpecialmente ſin preceder contradicion, debiera cauſarle fuerça mucha para detenerſe en averiguar el fundamento de la denegacion, y procurarle elidir, y pues le omitiò, y la inſpeccion de ſi le ay, ò no ha de ſer ceñida à los Autos, paſſemos à vèr ſi le deſcubrimos en ellos.

176 Para aver de conſeguir los Anteceſſores del actual Marquès de Caſtel-Rodrigo cobrar de las rentas del Eſtado los 40ɉ. ducados vinculados para ſu Caſa en las capitulaciones, y Facultad Real, y los 10ɉ. libres, y hereditarios en virtud del teſtamento de la Duqueſa, nada omitieron que pudieſſe conducir à ſu pretenſion, pues la demanda eſtà pueſta por los Licenciados Antonio Perez, y Duràn de Torres, de cuya gran literatura permanece la fama que demueſtran ſus eſcriptos; y executadas quantas diligencias ſe ofrecieron àzia juſtificar los hechos controvertidos en el dilatado diſcurſo de 37. años, diò à la eſtampa todas ſus defenſas el Doct. Don Juan de Oliver, que con no menos erudicion las proſiguiò.

177 Y no leyendoſe, como con efecto no ſe lee en ellos, que eſtè pedido, ni aun ſi quiera proteſtado el intervſurio, ò reditos de dote retardada, debemos creer con Bartul. *leg.* 7. §. *Senatus ff. de emption.* Maſcard. *de probat. concluſ.* 638. *n.*23 Ciriac. *controv.*532. *n.*43. ſeria por eſtàr en conocimiento veridico de que no ſe comprehendian en la obligacion del Eſtado, y no por olvido, ni otra razon, mediante que à tan Doctos Abogados no podia ocultarſe ſer el pedimento la baſſa fundamental del litigio, y quien demueſtra, y explica la voluntad, y animo del que le preſenta en orden à eſtenderſe à quanto puede pretender, ò reducirſe à ſolo aquello que pide. Fermoſin. *Rubric. de libell.q.* 1. *num.* 11. y à ello limitar para ſu deciſsion la poteſtad del Juez *leg.*26. *ff. de re iudic.* de modo que en mas no pueda exercerla. leg. 74. *in princip.*ibi: *De qua re cognoverit iudex pronunciare quoque cogendus erit. ff. de iudic.* Hontalva *q.*8. *num.* 21. *in fin.* ibi: *Quia litigantium conſenſus coartat, vel extendit eius poteſtatem.*

178 Ni el que por eſta razon es principio ſentado de la ley 18. *ff. commun. divid.* que *vltra id quod in iudicium deductum eſt excedere poteſtas iudicis non poteſt* leg. *final. C. de fideicommiſſ. libert.*

cap.

cap. *Licet de Simon.* cap. *Abbate ſane.* verſ. *Præmiſſa de ſentent. & re iudicat.* leg. 16. *tit.* 22. *part.* 3. ibi: *Debe el juzgador dàr el juicio en la manera que fue pueſta la demanda,* vbi D. Gregor. *gloſſ.* 1. Valaſco *de iur. emphiteut. part.* 1. *q.* 6. *n.* 12. ibi: *Certè iudicat vltra petita, quod fieri nequit.* ac in *conſult.* 145. *à num.* 8. Barboſ. *leg. cum dotem in princip. ſolut. matrim. num.* 44. D. Salgad. *part.* 4. *de Reg. cap.* 12. *à num.* 70. ac cum pluribus alijs D. Larrea *deciſſ.* 42. *num.* 38. & Hontalva *vbi ſupra.*

179 Ni ſe opone el Card. de Luca (à quien dichos Abogados no alcançaron) *diſcurſ.* 161. *de dote, num.* 82. en quanto oviter, & per tranſenam indica q̃ quando ob circunſtantias facti ſe eſtima deberſe pagar, ſe pueden conſiderar comprehendidos en la ſentencia condemnatoria à la reſtitucion de la dote: porque eſto no es aſſegurar que no ſe deben pedir, ſino preſuponer que eſtando pedidos ſimul con el principal, ibi: *Eadem actione petuntur qua dos,* y juſtificado ſer legitimos, avràn de ſatisfacerſe eo quod la ſentencia no los deniegue.

180 Y aun en ello es claro que por adaptar la viveza de ſus diſcurſos à los negocios que patrocinaba como Abogado ſe deſviò de el comun ſentir de los demàs Autores en orden à que el ſer aceſſorios los intereſſes, y comprehendidos (aunque improprie, abvſive, & vt vſuræ) en la voz *Fructus,* ſegun la ley 121. *de verb. ſignificat* leg. 19. *de vſur.* atque alijs à Lagunez *de fructib. part.* 1. *cap.* 4. *n.* 90. lo que obra ſolo es el que no eſtando pedidos, ni denegados en la ſentencia, puedan deſpues pretenderſe. Giurb. *deciſ.* 405. Boerio *deciſſ.* 18. Peregrin. *deciſſ.* 180. Lagunez, *vbi ſup. num.* 59. ibi: *Poſtea adhuc poſt ſententiam peti poſſunt*; y eſto ſe entiende en los q̃ ſon debidos ſtricto iure actionis, como intereſſe *quod cohæret rei, & neceſſario ex ipſa re provenit, veluti fructus partus ancillæ, & ſimilia.* D. Caſtill. *lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 26.

181. Non vero ſic en los que vnicamente pueden pretenderſe iudicis officio, Hermoſilla *leg.* 10. *tit.* 1. *part.* 5. *gloſſ.* 4. *n.* 125. at cum leg. 3. §. *Idem Iulianus ff. de eo quod cert. loc.* leg. 4. *C. depoſit.* Surd. *deciſſ.* 69. *num.* 2. *ibi*: *Quia intereſſe debitum ſolum iudicis officio non poteſt peti de per ſe*; y procediendo en eſte ſentido Cancerio *lib.* 3. *var. cap.* 16. *num.* 93. eſtrecha mas, pues dize con Aſinio *de execut.* §. 7. *cap* 89. y 90. que no pedidos en primera inſtancia, ni aun pueden pedirſe en la ſegunda, ibi: *Si creditor in iudicio tantum petat ſortem principalem, & nihil de intereſſe, & expenſas expreſſerit,*

&

*& pariter iudex in eis debitorem non condemnaverit, quod actor appellans non potest in causa appellationis expensas, vel interesse petere.*

182 Y la razon es, porque consistiendo solo en mera equidad el oficio del Juez, Lagunez *vbi supr. num. 97.* ibi: *Et sic in naturali æquitate consistit,* è implorarse à fin de que en perjuicio de vno saltem *damno emegente,* aut *lucro cessante,* no se vtilize otro, à de subseguirse al pedimento conocimiento pleno de causa sobre si son, ò no justamente debidos, Carol. Anton. de Luca *Adnimavers. ad Gratian. cap. 57. num. 1.* ibi: *Non statim ac pars petit vsuras, statim sunt concedendæ, examinari enim debet prius si ita negotium requirit, cum vt plurimum malo animo, vel saltem non bono petantur:* y de esta segunda clase son los interrsses de dote retardada segun queda probado num. 151. con el señor Larrea, y otros que ex professo escrivieron sobre la materia, y no pro libito partium como Noguerol iuxta tradita à D. Castillo *d. cap. 49. num. 48.*

183 En confirmacion de ser cierto todo lo hasta aqui dicho tenemos el que no solamente previnieron con la ley *Partium, ff. de vsur.* por essencial en la materia de frutos, y reditos el averlos de pedir Guzm. *de evictlion. quæst. 13. num. 48.* ipse Surd. *de aliment. tit. 1. quæst. 45. num. 30.* P. Molin. *disp. 442. num. 4.* ibi: *Atque illa petat.* Cancer. *lib. 3. var. cap. 16. num. 88.* ibi; *Si fructus fuissent petiti in causa,* sino que en lo especifico de los que se prentendieren por titulo de dote retardada añadiò Barbos. *part. 1. leg. 2. in princip. solut. matrim. num. 44.* la precission de averse de probar el ser justamente debidos, en tanto grado que no servirà el que en las capitulaciones, ò carta de dote estèn ofrecidos, y se contenga obligacion formal de pagarlos.

184. Ibi: *Si igitur mulier in petendo interesse nitatur sola promissione facta in instrumento, non audiertur,* y lo contextan D. Castill. *lib. 8. cap. 49. num. 40.* ibi: *Neque etiam impetendo interesse insistat, sive excitetur sola promissione facta in instrumento, quia non audietur.* Carlev. *de iudic. lib. 1. tit. 3. disp. 8. sect. 4. num. 37.* ibi: *Si vero dum interesse petit vidua nitatur sola promissione facta in instrumento, & probationem omittat, non audietur.*

185 Et meritò, à causa de que como reprobado, è ilicito por vsurario, se desestima semejante pacto. D. Covarr. *lib. 3. var. cap. 1. num. 3. vers. sexto.* ibi: *Non video qua ratione possint in pactum deduci ob dilatam solutionem.* Barbos. *n. 42.* ibi: *Cum enim hoc pactum in effectu contineat quid solvi ratione tardæ solutionis, in efectu vsuram inducit*

*inducit. cap. in Civitate de vsur.* D. Castillo *num.*35. ibi: *Semper enim pactum huiusmodi vsuram inducet.*

186 Verificada, pues, la precission de averse de pedir los reditos, y probarse ser legitimamente debidos, y que en el pleyto consta, que ni lo vno, ni lo otro se practicò, se evidencia no averse podido estender las Executorias à mandarlos pagar conforme à lo que dexamos dicho desde el *num.* 177. y que en justicia fue consequente la denegacion de la execucion por ellos, intentada radicar en determinacion tan agena de poder ser executiva, que hablando modestamente, ni aun tiene validacion en la parte que condenò à la paga de lo que ni estaba pedido por el que se supone interessado, ni litigado con el que quiso considerar deudor.

187 Fundase esto assi bien, en que aviendo de ser la sentencia conforme al libelo *in re, in causa, & in actione.* Bald. *leg.* 1. *C. Si plus vna sententia, &c. num.* 11. y 41. Scacia *de sentent. & re iudicat gloss.* 14. *quæst.* 16. *num.* 6. padece nulidad en lo que se diferencia, y excede, *dict. leg.* 16. *tit.* 22. *part.* 3. ibi: *Tal juicio, en que no nombraba señaladamente la cosa, ò la quantia sobre que se daba no seria valedero.* Vancio rubric. *de nullitat. ex defect. proces. num.*99. Menoch. *consil.* 395. à *num.* 13. Surdo *consil.* 273. *num.* 11: y la razon concluyente la trae Scacia vbi sup. *num.*2. diziendo ser: *Quia in re non petita non fuit lis, & consequenter in ea non fuit data defensio, & multo minus fuit lis contextata, sine qua non potest ferri sententia difinitiva cum contextatio litis sit fundamentum iudicij.*

188 Optime etiam Noguerol *allegat.* 27. *num.* 49. cum Thusco *tom.* 7. *litt. V. conclus.* 131. *num.* 1. *& seq.* ibi: *Sententia, quæ aliquid per modum causæ determinat, rem iudicatam non opperatur, nisi super deductitis per modum causæ adsit expressa petitio, plena causæ cognitio, & prosequtio.* Y aun estrecha mas el señor Castillo *lib.* 5. *cap.* 104. pues para resolver la question de si la sentencia dada en juycio sumario perjudicarà en el ordinario plenario, distingue diziendo *num.* 24. 40. y 42. con la ley 3. §. *Causæ cognitio Cod. de carbon. edict.* y doctrina de Fachineo *lib.* 10. *cap.* 80. que perjudicarà si es que en el sumario se tomò entero conocimiento de la causa con probanças plenas sobre lo principal, y no en otra forma, aunque aya probança semiplena.

189 Ni obstarà el que con Cancerio, Parexa, D. Salgado

D. Crespi, y otros que cita Hontalva *quæst.* 3. *num.* 12. se quiera bolver à dezir aqui tambien que presupuesta la facultad del Juez para suplir de oficio, y mediante la clausula *Iustitiam peto*, lo que las partes omitieron, puede comprehender en la determinacion todo aquello que consta del processo, *eo quod acta sint vehicula ad sententiam*, y en terminos de frutos, interesses, y vsuras Giurba *deciss.* 65. *num.* 15. Hermosill. *leg.* 28. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.* 2. *num.* 91. ac Barbos. *claus.* 76. *num.* 8. ibi: *Opperatur vt iudex actore non petente possit condemnare reum in fructibus, interesse, & vsuris.*

190 Por quanto fuera de no constar (vt ex dictis, & infra dicendis) del debito del intervsurio, tiene lugar esta regla en las causas criminales, donde basta que el Fiscal vse de la referida clausula para que segun los meritos del processo se imponga à el reo la pena condigna corporal, pecuniaria, y restitucion de frutos; y es en cuyo sentido segun Fontanel. *decis.* 143. habla Barbos. *vbi sup.* Peguera, *deciss.* 196. y Capic-Latro, *decis.* 10: y en las providencias interlocutorias de los negocios civiles; y esto no para condenar, sino para aver de absolver à el demandado de aquello de que sin embargo de incluirse en la demanda, omitiò pedir ser absuelto, Scacia. *de sentent. & re iudic. gloss.* 14. *quæst.* 16. *num.* 9. 10. *ac* 22.

191 Pero no en las difinitivas, porque en estas yà que no los contenga la demanda, es necessario al menos que se alegue, y controvierta sobre si son, ò no debidos, vt ipse Scacia *num.* 23. ibi: *Si ex prosequtis, & probatis potest iustificari*, ac cum *leg. quoties C. de iudic.* & Surd. *lib.* 3. *consil.* 312. *num.* 16. Noguerol *dict. allegat.* 27. *num.* 49. ibi: *Quo ad ea, quæ sunt prosequta*; y esto aun estante nuestra citada ley 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* es assi precississimo en la materia de reditos de dote retardada, que no pudiendo tener lugar mas que por la regla del lucro cessante, ò damno emergente consiste en hecho. D. Castillo *lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 45. vers. *Quarto de inde*, cuya prueba no dispensa dicha ley, ni permite la dispense Juez alguno vt *num.* 156. 157. y 158. de este informe.

PVN-

# PVNTO QVARTO.

*SOBRE QVE CON MOTIVO DE AVER CEDIDO la Duquesa en las Capitulaciones los 50U. ducados à favor de la Casa de Castel-Rodrigo, no han podido sus Posseedores pedir interesses de ellos, assi porque no ay tal Cession, como porque omisso la huviera, y huviessen causadose algunos, abrian de ser solo por el tiempo de su viudez.*

192 PAra introducir la pretension de los reditos dize la parte del Marquès *num.* 109. hasta el 114. que lo particular del punto està, en que pues desde las Capitulaciones proviene à su Mayorazgo el credito de los 50U. ducados por cession que *ipso iure* le hizo en ellas la Duquesa, le son debidos conforme à derecho, mediante resolver D. Olea *tit.* 6. *quæst.* 2. *num.* 37. con Cancer. *part* 1. *cap.* 9. *num.* 63. ac *part.* 3. *cap.* 6. *num.* 46. deberse al cessionario quando en la retardacion del principal se le sigue el mismo perjuicio que à la Viuda cedente, y que aqui le ha padecido la Casa de Castel-Rodrigo, en la menos renta que ha tenido por no estàrle hecha entrega de la referida cantidad.

193 Arreglada es en lo concisso esta alegacion, como las antecedentes de la otra parte, al consejo de Hugo *lib.* 5. transumptada *num.*2. de su papel; pero no en lo claro, pues confunde los 40U. ducados vinculados con los 10U. de las Arras, que ni se destinaron para el Mayorazgo, ni jamàs le han pertenecido; ni sobre el assumpto presente es razon vnirlas, como dando por sentado competer por ellas el intervsurio dotal; por quanto aunque le concedan Amato *part.*1. *resol.*49.*n.*99. y Luca *discurs.*161. *de dot. n.*78. con los demàs que ambos citan, tenemos executoriado lo contrario en la *decisss.* 291. de Aflictis, que al *num.* 6. pondera aver sido muy celebrada, ibi *Et ista decisio fuit bene laudata, & commendata ab omnibus litteratis personis*, y en otras quatro que alli refiere, y entre ellas tres, en que como Juez intervino; y son de esta opinion, Alexandro, Decio, Rebufo, Menchaca, Rodriguez, Fontanella, Collero, Peregrino, y con ellos Carleval *disp.* 8. *sect.* 4. *num.* 37. Y à que esta sea la que debe seguirse mueve mucho la practica, y authoridad de vn Senado

dò tan grave como el de Napoles ob tradita à D. Valenzuela *consil. 33. num. 18.* ac D. Solorçano *de iur. Indiar. lib. 2. cap. 17. num. 56.* ibi: *Nam talis declaratio non solùm in illa lite, verum & in alijs rem, veluti iudicatam constituit.*

194 Ni asimismo esta arreglada dicha alegacion en lo integro al citado consejo de Hugo, pues contra el de la Authent. *de trient. & semis. cap. 5. Erubescimur dum sine lege loquimur*, se omitiò probar la cesion que presupone hizo la Duquesa en la clausula, donde se capitulò que muriendo sin dexar hijos, ni descendientes huviessen de incorporarse los 50ꝧ. ducados con la Casa de Castel-Rodrigo; siendo punto que à nosotros (que mas que la brevedad obstentada *num.* 150 del papel contrario, apreciamos la solidez en las defensas, comparadas por Laercio *lib. 7. cap. 1.* à las monedas, in quibus *sicut non expectatur elegantia sculpturæ, sed pondus, & materia, ita non refert, quam sit elegans oratio, sed quam gravis, & vtilis*) nos parece precissa mayor reflexion, tanto por sentar el Relator *num.* 15. del memorial ser dicha clausula el fundamento del articulo de el Marquès, quanto por que no se juzgue escusamos la aplicacion laboriosa que encarga Lucrec. 2. ibi: *Noctes, atque dies niti præstante labore.*

195 Tocando pues el de esta clausula Marescot *lib. 1. var. cap. 28.* funda en los padres la facultad de imponer el gravamen que contuvo, à causa de no ser aquella dote caudal que pudiesse pedir entonces la hija por titulo de legitima, ibi: *num. 3. Quia cum vivo patre legìtima non debeatur, nulla ratio suadet vt succedat loco legitimæ*: con que pues discurriendo por esta regla vinieron à disponer los de la Duquesa de caudal que como proprio podian gravar por si solos, leg. 7. *C. de pact. nupt.* D. Olea, *tit. 2. q. 2. num. 11.* ibi: *In traditione rei meæ possum liberè, & adlibitum adijcere pactum quodlibet, vel conditionem, quæ legem contractui det*, y sin necessitar permisso de la hija, leg. *fin. §. filiæ, ff. de legat. 2.* leg. *si quando §. & generaliter C. de vno sic. testam.* & alijs à Marescot. *vbi supr.* y en observancia de dicha facultad confiessa la parte contraria *num.* 140. y consta à los fol. 4. 7. y 91. de el Memorial, aver sido quienes vnicamente, y no la Duquesa pusieren el pacto de la incorporacion, resulta claro que nada tuvo que ceder aqui.

196 Y de el proprio modo resulta claro que por razon de el permisso que se supone aver prestado, no puede llamarse suya, sino de sus padres la referida incorporacion, mediante que el denominarse

minarse de el hijo, subcede, y se entiende solo quando el permisso cae sobre el gravamen que consiente en la legitima suya, como assi lo prueba la parte contraria misma con la decision 208. de Gamma. *num.* 4. y palabras de los Addentes ad D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 7. que en el 140. de su papel traslada, y que nosotros repetirèmos por favorables al discurso, ibi: *Quia filius consentiens patri facienti maioratum ex legitima dicitur ipse filius facere, & ideo pro debito filij potest fieri executio in legitima.*

197 Tocandole tambien Fontanela en la 5. *gloss.* 10. *part.* 1. *tom.* 2. *ex num.* 27. ibi: *Solet apponi pactum istud, de quo tractamus, quod decedente filia absque liberis, medietas dotis patri redeat, vel illi, cui ordinaverit, & de reliqua medietate filia disponat.* resuelve lo mismo *num.* 36. por razon de que con la mitad que se la dexa libre se considera enteramente satisfecha de su legitima, ibi: *Quia palam est, quod tanta potest dari dos cum isto onere restituendi medietatem in casu* si sine liberis decesserit *vt iudicari possit sufficiens pro legitima, etiam si sit onerata,* maxime quando aun en ella puede la hija consentirle. Surdo *consil.* 357. *num.* 33. ibi: *Non est dubium quin filia possit approbare paternum factum etiam circa legitimam.*

198 Præterea, concediendo pro nunc, & sine pre iuditio veritatis, aver avido tal cession, seria solo de el principal, más no de la accion, y derecho à las vsuras dotales; y assi se demuestra por el Marquès aora *num.* 108. averlo reconocido, puesto que para apropriarselas al Mayorazgo, recurre à dezir tocarle, porque Doña Leonor de Moura, sobrina de la Duquesa, previno en su testamento de el año de 1705. (relacionado *fol.* 102. *de el Memorial*) *que si este pleyto se determinasse à favor de su Casa de Castel-Rodrigo, lo que se sacasse de èl, y perteneciere, quedasse por el mismo hecho vinculado.*

199 Bien que con esta disposicion nada adelanta, respecto de que en la dicha Doña Leonor, nunca residiò derecho que transmitir al Mayorazgo, pues hablando de los 50ꝗ. ducados, (mitad de los 100ꝗ. de la dote) confiessa *num.* 115. de su papel que desde que la Duquesa muriò sin dexar hijos se le adquiriò *derecho irrevocable* à ellos *quedandole desde entonces eficàzmente obligados los bienes del Duque Don Fernando*; y hablando de la accion à los reditos por la retardacion en pagar el principal, es personal, tanto que nunca passa à los herederos de la Viuda, vt tenent DD. *in leg. vnic. C. de privileg. dot.* ac Anton. Gomez, *leg.* 50. *taur. num.* 58. *vers. Sed his,*


ibi:

ibi: *Quia hoc est privilegium mere personale, quod non transit adhæredes*; & cum Surdo, Barbosa, & alijs Amato *d. resolut.* 49. *num.* 81. ibi: *Quia cum hoc onus sit personale respectu viduæ tantum, non transit ad hæredes eius*: especialmente siendo estraños, Graciano *cap.* 143. *à num.* 43. Thoro *compendio decisionum* verbo *alimenta. num.* 16. Barbosa *d. part.* 1. *leg.* 2. *in princ. num.* 31. Surd. *de Aliment. tit.* 1. *q.* 44. *num.* 72. *& cons.* 297. *à num.* 9. Giurb. *ad consuet. cap.* 15. *gloss.* 15. *num.* 19. Card. de Luca *d. discurs.* 161. *num.* 81. ibi: *Compertum est à viro, vel eius hæredibus mulieris hæredibus vsuras non deberi, nisi in ijs casibus, quibus cuilibet privato creditori pro quocumque credito pecuniario deberentur.*

200. At quid moramur! omitiendo adhuc, baxo dicha protesta, fuesse cessible, tampoco podria serlo mas que por la vida de la Duquesa, como equitativo, y concedido vnicamente ratione viduitatis, *gloss. in leg. Divortio ff. solut. matrim.* vbi Paul. de Castr. *num.* 5. Matienz. *leg.* 3. *tit.* 1. *lib.* 5. *Recop. gloss.* 2. *n.* 20. ibi: *Humanitatis causa*, y solo para sus alimentos. Luca *vbi supr.* 72. ibi: *Alimentis ac sustentacioni*: por cuyo motivo, y el de cessar esta qualidad quando la Viuda passa à segundas nupcias, accion ninguna se transfiere à su segundo marido para pedir por si, ni en nombre de su muger à los herederos del primero, reditos de la dote que se le retarda. D. Covarr. *de sponsalib. part.* 2. *cap.* 3. *§.* 9. *n.* 9. Menoch. *consil.* 278. *num.* 36. *P.* Sanch. *de matrim. lib.* 7. *disp.* 87. *num.* 30. Gutier. *eodem tract. cap.* 108. *num.* 14. *P.* Molin. *disp.* 312. ac cum Azeved. Matienz. Barbos. Lupo, & alijs Giurb. vbi sup. à *n.* 14.

201 Muy ageno està de sernos contrario à esto el señor Olea *tit.* 6. *quæst.* 2. *num.* 37. y tanto que antes bien nos lo authoriza todo, pues sentando el que con Amato *dict. num.* 81. *ac* 82. afirma no poder gozar el Cessionario de vtilidad, ò commodo, cuya causa productiva sea privilegio alguno que la estè concedido por razon de su persona, ibi: *Non tamen fruetur vllo commodo speciali, ratione personæ mulieris concesso*; y sentado tambien el que en su resolucion và conforme con Cancerio, como alli consta, y lo confiessa la parte del Marquès *num.* 114. de su papel, lo que con Menochio *lib.* 4. *præsumpt.* 189. *num.* 153. y Fachineo *tom.* 2. *lib.* 10. *controvers. cap* 34. dize Cancerio *part.* 1. *cap.* 9. *n.* 63. es que el privilegio de las vsuras dotales transcenderà à el Cessionario, si tuviere vtilidad en ello la Viuda cedente, ibi: *Vt transeat in cessionarium, si cessio sit vtilis mulieri*, y esto por las que corrieren solo durante su vida,

vida, como lo expressò despues en el cap. 7. *part.* 3. *num.* 46. ibi: *Cessionarium viduæ quæ habebat iura cessa, durante vita viduæ gaudere dicto privilegio*, y lo acredita el que ningun privilegio personal ha de permanecer mas allà de la muerte, que todo lo disuelve *leg.* 3. *§. fin. ff. quib. mod. vsus fruct. amit.*

202 Y consistiendo la vtilidad en que el Cessionario no tenga regresso contra la Viuda cedente por el derecho de eviccion para que le aya de pagar las que dexare de percibir, se permite la transcendencia del privilegio al Cessionario à fin de que la Viuda no padezca el perjuycio de el saneamiento; y este, y no otro es el concepto, y sentido del señor Olea, y lo evidencian sus palabras del *num.* 19. ibi: *Vbi cedentis nihil interest Cessionarium privilegijs personalibus vti, cessat favor personæ, cui privilegium illud speciali ratione fuit indultum; at vero vbi cedentis vtilitas versatur in eo quod in Cessionarium iura sua transeant, veluti quia iuris, & facti evictionem præstare tenetur, & Cessionario non exigente, ipse manet adstrictus, adhuc durat favor personæ cui lex prospectum voluit.*

203 Y lo aclara aun mas con dezir tambien que en semejante caso no es al Cessionario, à quien se favorece, sino al cedente, en cuyo nombre, y personalidad privilegiada deduce, y practica la accion cedida, ibi: *Et eo cassu non tam Cessionario, quam cedenti favetur, ex cuius personæ, & nomine mandata actio exercetur.*; ac *num.* 22. ibi: *Vnde secure resolves, Cessionarium mulieris, pupilli, vel alterius, qui favore personæ privilegium prælationis habet, eo etiam potiri quoties alias damnum sequeretur cedenti; oblique namque, & per indirectum privilegium amiterent, si eo Cessionarij non vtentes, regressum habituari essent contra cedentes.*

204 Detengasse aora aqui vn rato la otra parte para descubrirnos la vtilidad que pudiera aver tenido la Duquesa en que los posseedores de la Casa de Castel-Rodrigo huviessen cobrado los 40. ò los 50ꝟ. ducados, despues de muerta (que antes no podian Mastrill. *deciss.* 74. Giurba *ad consuetud. cap.* 8. *gloss.* 1. *num.* 15. Cancer. *lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 203. ac cum Baldo, Fontanel. Surdo, & alijs Amato *d.part.* 1. *resolut.* 48. *ex num.* 1.) y en qual del pleyto, y de su informe hallarèmos que de cobrar los reditos de los 40. ò 50ꝟ. ducados la resultase beneficio, ò que de no cobrarlos, ni averlos cobrado estuviesse la Duquesa obligada à que conforme à su asserta Cession, y derecho de eviccion, se los huviesse de sanear, porque nosotros nada de esto hemos hallado en el pleyto, y es lo essen-

assencial, que en dictamen del señor Olea se debe considerar. ibi: (*d. num* 19.) *Id considerandum fore existimo, an ex eo, quod in Cessionarium non transferatur privilegium personale, aliquod cedenti damnum sequatur; nam si cedens nullum damnum pateretur, Cessionarius privilegio personali non vtetur.*

# PVNTO QVINTO.

## *EN QVE CONSISTA, Y COMO DEBA practicarse, el privilegio de las Viudas para pedir reditos de dote retardada.*

105 VErificado yà el que fallecida la Duquesa, avria espirado tambien qualquiera accion que pudiesse aver tenido para pedir reditos de los 50ꝟ. ducados, no avia necessidad de investigar qual fuesse; atento à que el defecto de ella en el Mayorazgo de Castel-Rodrigo, y sus Posseedores, releva, y ha relevado siempre al Estado aun de la obligacion de responderles, *cum nemini liceat in iuditio, sine actione expiriri. leg. 6. §. Videamus ff. de negot. gest.* Carleval. *lib. 1. tit. 2. disp. 5. num. 27.* D. Salgado *part. 1. lab. cap. 23. num. 39*; pero mediante que desentendiendose de esto la parte de el Marquès procede dandose por apropiado el privilegio de Viudas, y diziendo *n. 113.* tenerle *para que aun nò probado el interesse, ò daño licitamente pueden pedir los reditos por razon de dote retarda por las frequentes ventas de annuos reditos*, segun Noguerol, *allegat. 17. art. 1.* Acosta *de privileg. regul. 3. limit. 2. n. 46.* Gutierrez *de delict. q. 91. num. 31. y 33.* y los Addentes al señor Molina *lib. 4. cap. 5. num. 6.* convendrà averiguar su incertidumbre, y constarà speculada intimius la quæstion.

206 Aunque el percibir algo sobre la suerte principal con el mero motivo de paga retardada se tenga por vsura *cap. in Civitate. Cap. Naviganti de vsur.* Leotard. *quæst. 2. num. 2.* ibi: *Accessio sortis debitæ ex solo tempore tardæ solutionis.* Carleval. *lib. 1. tit. 3. disp. 8. num. 29.* ibi: *Vsura est accipere aliquid vltra debitum ob expectatam, & dilatam solutionem*, y esta se halle prohibida iure naturali, gentium, Canonico, Divino, & Regio. D. Castillo *lib. 3. cap. 23. à num. 63.* D. Olea *tit. 3. quæst. 12. ex num. 26.* Matheu *de re crimin.*

con-

*controv.* 40. ay no obstante algunos acreedores tan privilegiados que les son permitidos los interesses aun sin necessidad de capitularlos.

207 Dispusieronlo assi para con el vendedor, quando el comprador le detiene el precio gozandole con la alaja fructuosa vendida, la ley 5. *Cod. de action. empt.* y para con el marido, à quien sustentando à la muger, no se le apromptа la dote ofrecida, la 31. §. 2. C. *de iur. dot.* y à cuya imitacion quiso el Emperador Justiniano en la vnica §. 6. vers. *sin autem Cod. de rei vxor. act.* se practicasse lo mismo con la Viuda, dilatandosela restituir el suyo.

208 Mas como los dos primeros casos tengan aprobacion Canonica *in cap. conquaestus*, 9. *& in cap. salubriter* 16. *etiam de vsur.* ac alijs à D. Covarrub. *lib.* 3. *variar. cap.* 4. *num.* 1. Gutierr. *lib.* 1. *Canonic. cap.* 39. *num.* 20. y Regia segun las leyes 29. *tit.* 5. y 13. *tit.* 11. *part.* 5. en exposicion del señor Gregor. Lopez, y no la tenga el tercero, à causa de que por no militar en la Viuda las causales que en el marido, y el Vendedor, vt late D. Castillo *lib.* 8. *cap.* 50. *& seqq.* ac D. Olea *tit.* 6. *quaest.* 2. *num.* 31. ni los concediò, ni los denegò la 31. del dicho *tit.* 11. concordante de la citada ley vnica; dimanaron de aqui las dos opiniones que concilia Pedro Barbosa. *part.* 1. *leg.* 2. *in princip. ff. solut. matrimon.* diziendo *n.* 43. que la que afirma ser licito à la Viuda el intervsurio es verificandose el *damno emergente, ò lucro cessante*, y que la que niega serlo, es quando no se recurre à ambos, ò qualquiera de estos dos medios.

109 Contextanlo Carleval vbi sup. *num.* 37. ibi: *Sic conciliat istas inter se dissidentes sententias Barbosa:* y el señor Castillo *lib.* 8. *cap.* 49. *num.* 38. vers. *Id autem. in med.* ibi: *Concordat opiniones duas contrarias, vt vna procedat modo interesse damni emergentis, aut lucri cessantis vere interveniat, stet, & probetur; altera confutanda, & reijcienda sit indistintè, si vnum, aut aliud interesse non existat, & verificetur.* Bolero *de coll. tit.* 5. *q.* 4. *num.* 15. ibi: *Quae vere percipienda, & inteligenda sunt ita, vt ratione dotis retardatae nullum interesse debeatur mulceri viduae ab heredibus mariti, etiam si in ea restituenda morosi fuerint, nec statim post annum luctus pecunias, & mobilia restituerint, nisi sit interesse damni emergentis, aut lucri cessantis.*

210. Hinc fit el dezir Barbosa *num.* 46. que si la Viuda con el mero motivo de la retardacion pidiesse alimentos, ù otra cosa alguna, seria pretension ilicita, como vsuraria, ibi: *Mulier in libello*

*non petat alimenta, vel quid aliud propter retardatam solutionem dotis, quia hoc saperet vsuram*; y aconsejar que la que huviere de introducir sea significando el lucro perdido, ibi : *Sed debet se fundare in interesse lucri cessantis*, ò el daño padecido , segun que tambien lo previene D. Castillo *d. cap.* 49. *num.* 40. ibi : *Mulier in libello non petat alimenta vel quid aliud propter retardatam solutionem dotis : : : Sed debet se fundare in interesse damni emergentis, vel lucri cessantis, vt illud ei solvatur propter damnum, quod passa est, aut lucrum quod haberet, si dos suo tempore illi soluta fuisset* : y con mas de 60. Autores Amato *part.* 1. *resolut.* 49. *num.* 96. ibi: *Consulendum mulieri vt in libello post annum luctus petat interesse lucri cessantis, vel damni emergentis , non alimenta, vel vsuras dotales*. Hermosilla *leg.* 10. *tit.* 1. *part.* 5. *gloss.* 4. *num.* 217. ibi: *Mulierem non debere petere alimenta propter dotem non solutam, sed petere quod condemnetur hæres ad interesse passum.*

211 Y no se apartan de esta verdad Gutierrez , Noguerol, los Addentes, y Acosta que los sigue, ante si la contextan , pues vnos conceden los interesses por el damno emergente, y otros por el lucro cessante; y asi Bolero, *tit.* 5. *q.* 4. *num.* 15. los cita por de la opinion de el señor Castillo, y Barbosa, y por la de Gomez Bayo, *pract. Eccles. part.* 3. *lib.* 2. *quæst.* 103. que lo contexta aun en el caso de estàr capitulados, ibi *num.* 5. *Quia ratione interesse lucri cessantis, & damni provenientis, vidua, hæredesque eius possunt licite exigere, percipere, & habbere redditus Conventos inter partes propter retardationem restitutionis dotis*. Esto porque *titulo alimentorum, & si blando vocabulo nihil viduæ debetur*. Valle *consil.* 53. *num.* 33. Ancharran. *consil.* 150. Trentacinq. *lib.* 3. *resolut.* 2. *de pignorib. num.* 14.

212 Con que sacamos de lo dicho, que el privilegio de la Viuda consiste en que sin estàr estipulados pueda pedir interesses, equiparandose en ello al marido, y al vendedor, que no han menester pactarlos, y otro qualquiera si, como bien lo diò à entender D. Olea *dict. tit.* 6. *quæst.* 2. *num.* 27. quando hablando de estos tres casos no refiriò pacto, ibi : *Sunt namque diversi creditores, quibus vsuras exigere permittitur, qualis est maritus, cui dotis promissæ propter retardatam solutionem vsuræ debentur , & pignoris fructus iuxte percipit ; vidua, cui, interim quod dos non restituitur, vsuræ debentur::: Venditor rei fructiferæ, cui vsuræ recompensativæ præstantur donec pretium rei venditæ solvatur*, y lo expressò en el del Mercader , ibi : *Mercator, qui ratione lucri cessantis licitè de vsuris pascicitur.*

213 Confirmalo asi D. Castillo *vbi sup. num.* 49. pues asseve-

assevera, que fuera de la prerrogativa de no aver menester la Viuda capitular interesses para poderlos pretender, ninguna mas tiene que la exceptue de otro qualquiera Acreedor, à quien no le estè concedido privilegio alguno, ibi *num. 49. Inde & vtiliter, atque necessario observandum est, viduæ, cui solutio, & restitutio dotis retardatur, & aliorum creditorum, quibus etiam solutio creditorum suorum retardata sit, vnam, & eamdem esse causam, & fortunam in proposito, nec aliquid speciale viduæ, aut doti tributum esse. Sic sane quæ demora, & interesse in alijs creditoribus statuta fuere, & iure, & scribentium sententia communi, & in vidua, soluto matrimonio, æqualiter servari debent.*

214 Ac *num.* 50. ibi: *Quem admodum ergo creditori ad interesse aliquod debitor non tenetur, etiam stante mora, regulariter, & interesse dumtaxat damni emergentis, vel lucri cessantis ei præstari debet quando illud articulatum, verificatum, & probatum fuerit : : : Ita quoque nec vxori soluto matrimonio præstandum erit interesse aliquod nomine etiam alimentorum, sed eædem regulæ, & doctrinæ observantur, & dumtaxat damni emergentis, vel lucri cessantis interesse ei debebitur, vt latæ comprobatum est, si illud verificetur, & probetur, vt supra deduximus, & est summe notandum ne plures forsam facillime decipiantur.*

215 Y esto aun en el caso de aver passado à pactarlo, ò con el marido al tiempo de la constitucion de la dote, que es la especie de la ley *in insulam* 42. §. 2. *ff. solut. matrimon.* ibi: *Vsuras numerat e dotis ex stipulatu*, ò con sus herederos, que es el de Gomez Bayo *vbi supr.* y de Carleval *sect.* 4. ibi: *De interesse taxato in restitutione dotis Convento inter viduam, & hæredes mariti*, y en el qual dize à nuestro intento *num.* 31. ibi: *Illud verissimum est omnes istos Doctores sic permitere viduæ recipere aliquid vltra dotem ab hæredibus viri ratione lucri cessantis, aut damni emergentis, si se subijciat ijs legibus, & conditionibus, quas reliqui observant, dum petum lucrum cessans, aut danum emergens: ita vt in hoc cassu restitutionis dotis nihil speciale constituendum sit; ideo opus sit probare sua interesse sibi dotem restitui, alioquin nihil obtinebit.*

216 Quedando pues fixos en que la accion à los reditos se radica en el *damno emergente*, ò *lucro cessante*, lo abremos de quedar tambien en que para la exaccion de ellos deberà necessariamente probar la Viuda las causas constitutivas de dichos interesses, que en realidad son diversas, vt docent Matheu *controv.* 40. *n.* 49. ibi: *Ex diversa causa oriatur ratio exigendi pro damno, vel pro lucro, ac*

D. Castillo *lib. 2. cap. 1. num. 22* ibi : *Causam non eamdem, sed diversum esse*; y por consiguiente distinta la razon legal de dicidirlos, vt iterum D. Castillo, ibi : *Diversum ius in illis constitui* ; è indispensable la obligacion de separarlos cada que huvieren de disputarse vt demum, ibi : *Labi Doctores vtrumque interesse confundentes*, y asi mismo en que pues en este pleyto no se probaron , ni aun deduxeron, no pudo por consiguiente aver condenado à ellos la Executoria del año de 1652. aun dado, y no concedido el que se huviessen pedido.

217 Opondrasenos que la mente de el informe contrario, no es negar el recurso à ellos, sino el fundar con Gutierrez , Noguerol, Acosta, y los Addentes, que para aver de mandar pagar como licitos los reditos , no es menester mas prueba que la que mediante la frequencia de imposiciones de censos, y compredas de fincas reditüosas, resulta de la facilidad de aver empleado en vno, ù otro la dote, siendo restituida à tiempo, y evitadose con esto el perjuicio que la retardacion ocasiona , como asi lo tuvo presente tambien Avendaño *de censib. cap. 3. num. 16.* ibi : *Quod quidem maximè procederet nostris temporibus, in quibus passim mulieres invenire possent censuum venditores, à quibus cum pecunia, si statim eis restitueretur, eandem, vel forsam maiorem redditus quantitatem emissent.*

218 Y con particular expression Amato , *d. resolut. 49. num. 94.* vbi ait *cum præsumptio stet pro muliere quod vtiquè in censuum bullerium emptionem pecuniam convertisset, si præmanibus habuisset , ne otiosa remaneret, & consumeretur.* Ac clarius ad huc *num. 96.* ibi: *Sufficit in regno anteponere, quod adest frequentia reddituum , & poterant ex dotibus consequtis redditus emi*; y de aqui nace el averse regulado en tales casos dichos reditos, à proporcion de lo que rinden los censos por las Executorias que citan Gutierrez, *de iuram. confirm. part. 1. cap. 2. num. 4.* Flores Diaz de Mena *ad Gamm. deciss. 110. num. 3.* & alij à D. Castillo *lib. 2. cap. 1. num. 45.*

219 At vero desde este mismo lugar nos conduce el señor Castillo à puerto donde hallèmos por mas cierto lo contrario, mediante asseverarnos, averlo defendido, y fundado asi Pedro Barbos. *leg. 2. part. 1. in princip. ff. solut. matrim.* y dezir num. 8. ser este Autor quien *magistraliter, & docte in hac materia loquitur, & aliorum resolutiones percipit distincte*, lo qual, despues de averse conformado con todas ellas, repitiò *lib. 8. cap. 49. num. 54.* afirmando aver Barbosa entendidola, y explicadola mejor que otro algu-

no,

no, ibi: *Rectius quidem, & docte, atque perfectè, quæ ad hanc materiam expectant, explicavit, atque enucleavit*, y que las consideraba *Verissimas, atque omnino tenendas*; y por esso encarga que originaliter se vea.

220 Siendo pues tan seguro el recurrir à especular en Barbosa las circunstancias, que deberian averse justificado, y calidad de la prueba con que avria de averse hecho en lo peculiar de cada vno de los dos referidos interesses, omitirèmos las que en su definicion generica de ellos comprehenden la Curia Philipica *lib.* 2.*cap.* 2.*num.* 2. y 3. (sacada de la ley 8. *tit.* 3. *part.* 5.) P.Molina *disp.* 314. Carleval. *disp.* 8. *num.* 2. Salmaticens. *tract.* 14. *de contract. cap.* 3. §.4. *punt.* 9. & alij à Venerab. Espejo *de vsura personat. cap.* 8. *n.* 1. por ceñirnos à lo que en lo especifico de la presente materia, individua Barbosa, y traen otros que de proposito la han tratado.

121 Pretendiendose pues el Intervsurio por titulo de *damno emergente*, dize deber constar sèr la Viuda pobre, y tanto que por no tener mas que lo fructuoso de la dote, para averse de alimentar, fue la morisidad de su restitucion el motivo vnico de tomar dinero con la obligacion de pagar reditos, ibi: *n.* 43. *Quando mulier est inops, & non habet vnde se alat nisi ex dotis fructibus*: ac *num.* 46. ibi: *Ex eo quod sibi non fuit tradita pecunia dotis, coacta fuit accipere pecuniam sub cambijs.* Y aunque apreciando la expressada aprobacion de el señor Castillo, y por tener la suya tan sentada en todos Tribunales Barbosa, podriamos excusar cumular otros Authores, puedesenos permitir sin embargo referir algunos de los muchos, que aviendose merecido igual estimacion, le siguen indemnes de la ligereza, que con Decio *consil.* 449. notò Gutierrez *lib.* 1. *canon. quæst.* 32. *num.* 59. y con Seneca Carleval *lib.* 1. *tit.* 1. *disp.* 3. *num.* 20. sobre que suelen sèr *tamquam aves, quæ quando vna volat omnes aliæ sequuntur.*

222 Inquit ergo Gracianus *tom.* 2. *cap.* 240. *num.* 8. *Quod probabitur, si mulier accepit mutuo pecuniam, vt se aleret, & erat inops; vel quando fuit coacta accipere pecuniam ad interesse, vel incidit in pœnam promissam in aliquo contractu, per eam celebrato, in similibus casibus, in quibus debetur dictum damnum emergens::: Ita vt non sufficiat probare, etiam quoad interesse damni emergentis, vt debitor non solveret in tempore, & quod creditor accepit pecunias sub vsuris, nisi etiam iustificetur quod propter retardatam solutionem illas acceperit, cum sit possibile ex alijs causis accepisse*: ac D.Castillo *d. lib.* 8. *cap.* 49. *num.* 41. ibi: *Quod etiam*

*etiam circa damnum emergens non sufficere probare fuisse pecunias acceptas ad cambium, cum requiratur in specie probatio quód fuerint captæ ob retardatam solutionem dotis, cum possit esse quod ex alia causa acceperit.*

223 Y pretendiendole por el de *lucro cessante.* dize assimismo Barbosa no ser bastante el constar, que la Viuda dexò de aver grangeado con su dote, por no ser la restituida en tiempo, sino que juntamente debe hazer prueba especifica de los bienes frutuosos, ò censos, que avian estado de venta, y de que teniendo animo deliberado de comprarlos, se la frustrò el empleo, no por otra razon que la de no aversela apromptado entonces; y de la certeza quasi à punto fixo de aquello que en tales empleos avria de aver adquirido, ibi: *num.* 48. *Quando autem agitur ad interesse lucri cessantis non sufficit constare, quod creditor desijt lucrari, sed oportet probare, quod creditor verisimiliter, & quasi certitudinariè aliquid esset lucraturus, si pecunia debita ei suo tempore fuisset soluta, vel pecunia dotis suo tempore fuisset mulieri restituta*: & *n.* 71. ibi: *Sed oportet probare, quod ille fundus esset venalis, vel etiam annui redditus, & quod propter deffectum pecuniæ illos non emit*: y assi lo contexta Carlèval tambien *disp.* 8. *sect.* 4. *num.* 32. ibi: *Habuisse occassionem emendi bona stabilia, quæ exposita erant venalia, aut annum redditum; & animum, destinationemque certam implicandi pecuniam suam dotalem, qua quia caruerit, amisserit occassionem.*

224 Cum igitur sit de cargo de la Viuda prueba tan especifica, y de circunstancias tan individuales, nunca podria estimarse la que se quisiera resultasse de estàr en lugar donde la frequencia de los empleos hiziesse verosimil el que los huviera executado: atento à que aun quando mas vrgente, por ser la Viuda acostumbrada à exercerlos, avria de quedarse siempre en terminos de presumptiva meramente, vt per quam docte, y recopilando todo lo hasta aqui dicho con Barbosa, D. Castillo *num.* 42. ibi: *Lucrum cessans, & interesse in hac ipsa materia verè, certaquè probatione verificandum esse, & probationem præsumptivam non admiti, quæ resultat ex qualitate regionis, aut loci, in quo passim adest occassio collocandi pecunias ad lucrum, vel ad emptionem annuorum redituum, sive censuum redimibilium; sed quod mulier specifice, & firmiter tenetur hoc probare; & quod habebat prædium tale præmanibus, vel talem mercatorem, qui pecunias dotales recepisset, aut emptionem annui census paratam, & venditorem certum, & nominandum, qui venderet*: en que conviene Carleval *sect.* 6. *n.* 105. y lo refuerça D. Vela *dissert.* 35. *n.* 50.

225 La

225 La qual prueba de todos los expressados requisitos, y para en ambos casos de *damno emergente, y lucro cessante*, dize finalmente Barbosa *num.* 52, deber ser tan plena que no basta la de vn solo testigo junto con el juramento de la parte, ibi: *Adeo quod si illud petens vnum tantum testem habeat, non debet actori deferri iuramentum in supplementum probationis*: sino que ha de ser al menos de dos, y con la formalidad de aver de dàr razon de sus dichos, aunque sobre ello nada se les interrogue, ibi: *Item debent testes rationem sui dicti etiam non interrogati reddere*: D. Larrea *deciss.* 37. *num.* 28. entendido, y citado assi à este fin con otros muchos por el señor Vela, *vbi supr. num.* 49. ibi: *Concludenterque faciendam per duos saltem testes, qui etiam non interrogati dicti sui rationem reddant.*

226 Haziendose tambien cargo alli de que Amato, Giurba, Avendaño, los Addentes, y otros estimaban por prueba suficiente la frequencia de imposiciones, y teniendo presente la advertencia de el señor Molina *lib.* 4. *cap.* 5. *num.* 50 sobre que muchas vezes las Viudas ressisten las imposiciones por cõservar libres sus caudales, insurge diziendo *num.* 50. que aviendo registrado por si mas bien los Authores, en que lo fundaban, ibi: *A me diligente vissos*, hallaba en ellos lo contrario, *qui contrarium potius docuerunt specificam cuiusque interesse prætensi probationem exigentes, eamque plenam, ac concludentem; qualis ea non est, quæ sola nititur præsumptione, quod ob frequentiam venditionis censuum, eos mulier emisset ex dotali pecunia, si sibi tradita fuisset*; y que es erronea, iniqua, y destituida de fundamentos juridicos la practica que testifican, ibi iterum: *Praxis, & traditio huiusmodi planè erronea est, & à iuris principijs dissona*; y assi tambien lo previene D. Castillo *d. cap.* 49. *num.* 43. ibi: *Quantum à veritate distet.*

227 Tampoco se nos oculta que el Card. de Luca *discurs.* 161. *de dot. num.* 72. distinguiendo el caso de Viuda pobre, y Viuda rica, ibi: *An scilicet mulier sit inops, vel dives*, dixo que en el de ser pobre. *Si enim est inops*, no necessita para el punto de las vsuras mas justificacion, que la de serlo, *mulieri inopi absque alia diligentia vsuræ debentur*; y que siendo rica, la basta aver hecho diligencias sobre su cobrança, y no conseguidola, ibi: *Et non indigenti, quæ fecit debitas diligentias ex parte sua, nequè dotem assequi potuit, pariter debeantur, tamquam interesse lucri cessantis*; pero parece sernos facil, y no recondita la solucion à ello.

228 Primo, porque con muchos de nuestros Regnicolas

tenemos ex diametro contrario al señor Castillo *d. cap. 49. num. 28.* ac præcipue *num. 33.* ibi: *Vidua namque, etiam inops, ob retardatam dotis solutionem, non potest ultra sortem principalem dotis aliquid petere, nec recipere etiam sub prætextu, aut sub nomine alimentorum; id que procedit etiam si hæredes mariti interpellaverit, omnemque diligentiam fecerit, vt dotem suam consequeritur.* Hermosilla *d. leg. 10. tit. 1. part. 5. gloss. 4. num. 218.* ibi: *Duo requiri copulative vt mulier consequi possit alimenta pro tempore viduitatis. Primum, quod non habeat aliunde; secundo quo fecerit omnem diligentiam, &c.*

229 Secundo, porque assi proprio parece estarlo tambien en este punto el Card. de Luca; puesto que si sobre el privilegio de no aver menester la Viuda capitular intereßes para poderlos pedir, confiriesse la qualidad de pobreza el de no necessitar pedirlos, ni justificar causales que constituyen damno emergente, se exceptuaria en tal caso de los demàs Acreedores: y es assi que como con el señor Castillo dexamos sentado *num. 211. y 212.* niega igual mente este privilegio de exceptuacion el mismo Card. de Luca *d. discurs. 161. de dote num. 62.* ibi: *Firma est conclusio, vt vsuræ dotales non debeantur, quoniam non est amplius dos, sed nudum creditum pecuniarium, vsurarum non productivum, nisi concurrentibus solitis requisitis, seu statutos vel consuetudine aptis ex quocumque privato credito pecuniario ratione damni emergentis, vel lucri cessantis vsuras producere; quo cassu materia dotis nil habet peculiare, sed mulier consideratur tamquam quilibet privatus creditor.*

230 Tertio, porque fundandose en lo que àzia el referido intento contiene la resolucion de Amato *d. part. 1. resolut. 49. n. 94.* y esto en las de D. Molina *lib. 4. cap. 5. n. 5.* Lara *de aliment. §. Siquis ex his n. 117.* Graciano *discept. 240. num. 6.* Barbosa *part. 1. leg. 2. in princip. ff. solut. matrim. num. 48.* ninguno de ellos nos parece ser de tal dictamen: porque el señor Molina habla en el caso de que los intereßes estèn pactados en la constitucion de la dote, ibi: *Ex capitulis matrimonialibus.* Lara en el de que disuelto el matrimonio no aya de restituirse la dote à estraño, sino à la misma Viuda precissamente, ibi: *Quæ conclusio locum habet quando dos ipsi mulieri est restituenda;* lo que aqui no sucedia, mediante aver quedado vinculada para el Mayorazgo de Castel-Rodrigo. Graciano, y Barbosa dizen se pidan estos intereßes por medio del *lucro cessante*, ò *damno emergente*, y que la Viuda pruebe los requisitos, que yà quedan expuestos.

231 Sed

231 Sed ad quid fusius: Aun dando por irrefragablemente cierta la doctrina de Luca, consta de ella misma, que en ninguno de los dos referidos casos es contraible al pleyto: no en el de la Viuda pobre, pues no lo fue la Duquesa, y era menester serlo, y tanto que para averse de alimentar no huviesse tenido otra cosa mas que su dote, ibi: *d. num. 72. Si enim est inops aliunde alimenta non habens*; y esto era de cargo suyo el probarle, Aymon *consil.* 327. *num.* 120. Alexand. *lib.* 1. *consil.* 141. *num.* 4. ac cum eis Barbosa, vbi sup. *num.* 44. ibi: *Mulieri incumbit onus probandi se esse inopem, & quod aliunde non potuit se alere*: tampoco en el de Uiuda rica, mediante que aviendo de preceder morosidad culpable de el deudor, ibi: *Ob hæredum moram, & culpam*, nada de ello se les imputa quando ofreciendose contienda judicial sobre la restitucion, ò sobre si yà està hecha (como ha sucedido aqui) litigan con justa causa, *leg. si sine dolo, ff. de reg. iur.* Genua, *deciss.* 118. Cancer. *tom.* 3. *var. cap.* 16. *num.* 69. ibi: *Non fuisse in mora dicebam, quia probabiliter credebat se non teneri, & sic iustam causam litigandi habebat*, & alia à Bolero *tit.* 5. *quæst.* 4. *num.* 13.

232 Bolviendo aora à la doctrina del señor Olea *tit.* 6. *quæst.* 2. *num.* 35. con que la parte contraria entrò principiando los discursos de su defensa, hallarèmos en tan grande Author desempeñados puntualmente los nuestros, como que todos con mayor brevedad los comprehendiò, ibi. *Iuxta veriorem sententiam vsuræ non iustificentur ex eo, quod frequens sit in Provincia redditLuum annuorum venditio, nisi in specie etiam probetur extitisse occassionem emendi bona stabilia, aut censum; simulque animum adfuisse, & destinationem implicandi pecuniam in emptionem census, vel stabilium, vt recte tradit in terminis viduæ exigentis interesse dotis retardat Carleval. dict. sect.* 4. *num.* 32. *in fin. & sect.* 6. *num.* 105. *Larrea sup. num.* 28. *omnino videndus D. Vela* 2. *tom. dissert.* 35. *à num.* 49. *ad* 53.

233 Y aun mucho mas indemnizados de replica alguna; bolviendo tambien al pleyto, y su Memorial ajustado, preguntando, y respondiendo con el mismo informe contrario. Por qual de estos medios pidieron reditos de la dote la Duquesa, y el Marquès antecessor? Por ninguno: Y què alegaron, articularon, y probaron? Nada; pues la ilacion legitima que avrà de sacar àzia lo incontrovertible que en el *num.* 118. dize ser quanto sobre este assumpto dexaba yà discurrido, serà en orden à que no es admissible en el pleyto presente, y que vamos consequentes en quanto à que la Executoria no los pudo comprehender.

# PUNTO SEXTO.

## *SOBRE QVE LA ESPECIALIDAD DE AVERSE de emplear à favor del Mayorazgo los 50ŋ. ducados, no los hizo fructuosos, y de calidad que por la retardacion de la paga, y circunstancias de que impuestos pudiessen aver redituado, ayan debidose interesses de ellos.*

234 AVnque la parte de el Marquès, previendo lo irrefragable de las referidas doctrinas, confiessa por verdad sentada que la frequencia de imposiciones, faltando los mencionados requisitos, no justifica los reditos quando la dote huviere de restituirse libre à la Viuda; quiere no obstante limitarla *num.* 115. y 116. en el caso presente, por dezir, que pues *desde las Capitulaciones matrimoniales se destinaron los* 50ŋ. *ducados para el Mayorazgo, quien adquiriò vn derecho irrevocable, y perfecto desde que la Duquesa falleciò sin quedar hijos ::: El interesse es debido sin mas necessidad de justificar la ocasion de empleo*; especialmente aviendo sido sus Posseedores personas de distincion, *à las quales no se las quita el lucro porque no exerzan la negociacion, segun Sabelli §. Interesse num.* 14. *Graciano cap.* 392. *num.* 30. *ac cap* 759. *Hermosilla leg.* 10. *tit.* 1. *part.* 5. *gloss.* 4. *num.* 137. *D. Castillo lib.* 2. *cap.* 1. *per totum. Matheu controvers.* 40. *num.* 92. *Card. de Luc. disc.* 32. *de vsur.*

235 Cuya alegacion no contiene la claridad que desseamos se lleve en este negocio; pues ni se desvia del intervsurio dotal, como lo demuestra el continuar intentando persuadir desde el *num.* 118. que la Facultad Real, y obligacion en su virtud otorgada por el Duque, se extendiò à los reditos al menos per viam comprehensionis; ni dexa de apartarse, respecto de recurrir à lo que para considerarlos debidos se juzga obrar la asignacion, y el ser los Posseedores personas de tal herarquia que ella misma les dispense el requisito de aver de ser acostumbrados à negociar, que essencialmente se pide en otras para que pueda tener lugar el interesse del lucro.

236 Y assi en observancia de ella, respondemos, que quanto esta alegacion contuviere àzia la instancia de ser debidos reditos de los 50ŋ. ducados, considerados como dote de la Duque-

sa

ſa, queda excluìdo con lo dicho en el punto antecedente ; y que tampoco lo ſon contemplandolos credito particular del Mayorazgo; que es como en realidad le conſidera con efecto la parte contraria; pues eſſo explica el dezir que deſde ſu muerte ſe le adquiriò derecho irrevocable à ellos.

237 Y quando no lo explicaſſe, avria de confeſſarlo preciſſamente por la regla cierta de que dexando de pertenecer à quien pudiera pedir intereſſes, ſin embargo de no eſtàr capitulados, por la prerrogativa de que las Viudas no neceſsitan pactarlos para que ſe deban ſi aliunde concurren las circunſtancias antes expueſtas, ceſſa incontinenti el privilegio que influìa eſte gravamen en los bienes obligados, *leg. 91. ff. de petit. hæred.* Gutierr. *lib. 2. pract. quæſt.* 132. *num.* 3. ibi : *Mutatione enim perſonæ, mutatur qualitas in hærens rei ratione perſonæ.* Gomez *tom.* 1. *var. cap.* 11. *n.* 33. *in fin.* ibi : *Mutatione perſonæ, mutatur qualitas ipſius rei.*

238 Extraìdo pues de la claſe de dotal eſte credito ( al menos para lo que no fuere tratar de la qualidad de hypotecario ) y yendo conformes, por conſtar aſsi del inſtrumento, en que la obligacion del Duque ſe reduxo à pagarle en eſpecie de dinero, diſuelto que fueſſe el matrimonio, lo hemos de ir tambien en que los 50ꝟ. ducados, que avia de bolver, nunca tuvieron la qualidad de vinculados ; tanto porque careciendo el dinero de otro vſo que el de ſu conſumpcion, §. 2. *Inſtit. de vſufruct.* Oroz *de apicib. iur. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 11. ibi : *Vix vllum vſum habet, quo non conſumatur,* no puede conſiſtir vinculacion ſobre èl. D. Molina *lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 6. ibi : *Nec ex pecunia, nec ex cæteris rebus mobilibus inſtitui ſolent* ; quanto porque tampoco la deſtinacion por ſi ſola vincula los bienes deſtinados. Mieres *de maioratib. p.* 1. *quæſt.* 10. *num.* 51. D. Caſtillo *lib.* 5. *cap.* 62. *num.* 80. ibi : *Deſtinatio aliquarum rerum ad maioratum faciendum, non efficit maioratum.*

239 Aſsimiſmo lo hemos de ir en que el dinero por ſi ſolo no fructifica *leg.* 121. *de verbor. ſignific.* D. Covarr. *lib.* 3. *variar. cap.* 4. *num.* 3. Eſpejo *de vſur. cap.* 8. *num.* 18. ibi: *Cum ex ſua natura pecunia ſit ſterilis, ita vt pecuniam non pariat*; y en que para poderle conſiderar redituoſo no ay otro medio, que el de elefugio, à que el Acreedor eſtè perjudicado, ò *por el damno*, conforme à lo que la moroſidad de la paga le hizo expender de ſu caudal; ò por *el lucro* en lo que ſe verifica aver dexado de adquirir. *Cap.* 6. *cap.* 10. *de vſur.* P. Molina *diſp.* 308. Leſsio *de iuſtit. lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 125. Reginald.

*de*

*de ratioc. lib.* 23. *num.* 52. Leotardo, *q.* 78. Espejo *cap.* 7. §. 2. *num.* 5. ibi: *Quia privatio pecuniæ post moram, & invito creditore, non est prætio æstimabilis, nisi ratione alicuius commodi, quod amittimus, vel incommodi, quod patimur*: lo qual es oy indubitable, respecto de estàr assi declarado por Real Pragmatica del año de 1608. y condenado lo contrario, vt docet Espejo *vbi sup.* ibi: *Hodie que hæc sententia abs dubio tenenda est ex propositione 42. ex damnatis ab Alexandro VII.*

240 Por esso es regla sentada que para aver de tener lugar el interesse de el lucro debe concurrir en el actor la circunstancia de ser persona acostumbrada à negociar. Didac. Perez *lib.* 8. *ordin. tit.* 2. *de las vsuras pag.* 21. ibi: *Requisita, & modificationes, vt peti possit interesse lucri cessantis, hæc sunt: primum, quod persona petens sit persona negotiari consueta.* P. Soto. *de iustit. lib.* 6. *q.* 10. *art.* 2. ibi: *Vniversis enim in confesso est, nemini licere lucrum cessans exigere, nisi qui expositam habet negotiationi pecuniam, à qua negotiatione alterius rogatu illam evellat.* Mascardo *de probat. conclus.* 934. *num.* 1. ibi: *Allegare, & probare debet agens ad interesse lucri cessantis se esse, & fuisse solitum negotiari, alioquin non obtinebit.* Barbosa *part.* 1. *leg.* 2. *in princip. num.* 48. ibi: *Regulariter requiritur, quod illud petens sit solitus cum pecunia negotiari.* Y entendiendolo Bolaños *lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 11. por los que tratan en mercaderias, previno que entre otras cosas avia de probar ser *mercader acostumbrado à comprarlas*, tomandolo de la ley *Arbitraria* §. *fin. ff. de eo quod cert. loc.* que parece averlo dexado establecido assi, ibi: *Si merces solebat comparare.*

241 No hemos expuesto dichas circunstancias à fin de responder por el medio de que faltando en los Posseedores *la de negociantes*, nunca podria aver tenido lugar el lucro; porque si huviessemos de llevar este rumbo (que ni aun lo imaginamos) brevissimamente excluìria la pretension contraria el mismo Bolaños, que aun sobre ella pidiò *d. num.* 11. otras muchas que trasladò de Paulo de Castro, Decio, Aflictis, Straca, Rolando à Valle, Genua, Azevedo, Gutierrez, y de Escobar *de ratiocin. cap.* 15. *num.* 26. donde dize: *Debet ergo articulari pro parte actoris, quod creditor consuevit mercari, & quod tempore retardatæ pecuniæ, habuit præmanibus merces, quibus emptis, tantum verisimiliter lucratus fuisset, & quod emere non potuit, eo quod pecunia sua debito tempore à debitore non fuit consequtus.*

242 Y conviniendo en lo proprio Graciano *cap.* 67. *n.* 10. ibi:

ibi: *Non sufficit solitum fuisse ex mercaturis lucrari*; contexta tambien en la razon que todos dàn para ello, ibi: *num.* 15. *Ratio est, quia non recte infertur* solitus est mercator lucrari: ergo in posterum lucratus fuisset, si pecuniam præ manibus habuisset; *cum multa possint accidere, quo minus quis capiat*, y asi lo afirman tambien Straca *de mercat. num.* 3. Menoch. *de arbitr. cas.* 119. August. Barbos. *voto* 63. *à num.* 12. Luca *de vsur. discurs.* 14. *num.* 10.

243 Y la frequencia de empleos no subsana el defecto de ellas, como queda fundado desde el *num.* 223. y lo expecificò bien Carleval *sect.* 6. *num.* 105. ibi: *Negamus tamen esse coniecturam lucri cessantis solam frequentiam emptionis annuorum redditiuum, aut facultatis cambiorum, aut aliarum mercium emendarum, nisi adiungatur probatio, quod petens interesse sit solitus emere annuos introitus, aut dare ad cambium, aut negotiari.* Y el señor Castillo *d. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 47. ibi: *Secundum requisitum esse, quod interesse lucri cessantis articulari debeat in libello, ac postea probari*: la qual prueba dexamos fundado *num.* 225. aver de ser al menos de dos testigos, que dèn razon de sus deposiciones, y lo trae asi Bolaños *vbi sup. num.* 11. ibi: *En esto los testigos deben dàr razon de sus dichos, aunque no sean preguntados de ella.*

244 Lo que en la mente de señor Castillo no mira solo à explicar que de no ser asi avria de tenerse la probança por nula iuxta *text. in leg. solam*, & ibi Authent. §. *Licet. Cod. de testib.* cum alijs à Farinacio *lib.* 3. *eod, tit.* 7. *quæst.* 7. *cap.* 1. *num.* 8. ibi: *Si illam non reddat, vel si reddat, & non bonam, non solum non probat, sed nec etiam facit præsumptionem*; sino à que ayan de ser inteligentes, y experimentados, segun claramente lo expressa D. Castillo, ibi: *Ac in ea re expertos esse, & sui dicti rationem certam reddentes*, refiriendo empleos que ellos, ù otros hizieron entonces, vtilidad que les resultò, y asseverando que la misma tendria el pretendiente.

245 Antes bien queremos hazernos cargo de que conforme à la citada ley *Arbitraria, §. fin. ff. de eo quod cert. loc.* basta darse dinero destinado à negociacion cierta, sin embargo de que el dueño, ni fuesse mercader, ni estuviesse acostumbrado à negociar con èl, por parecernos que asi claramente lo dexò advertido en ella Vlpiano, ibi: *Si traiectitiam pecuniam dederit*, y ser como la entiende D. Castillo, *d. cap.* 1. *num.* 45. ibi: *Interesse lucri cessantis deberi etiam non solito negotiari, si pecuniam destinatam, vel ad emptionem prædiorum, vel censuum habebat, vel ad aliud lucrum speratum*: & nihilo-

minus subsiste todavia por otras razones la asseveracion de no deberse, ni averse debido en el caso de nuestro pleyto reditos algunos à que pudiesse condenar la executoria de el año de 1652. à causa de que junto con la destinacion son menester los demàs requisitos que prosigue sentando el señor Castillo *d. num.* 45. ibi: *Dum modo per probationem propinquam ostendat creditor, separatos habuisse venditores prædiorum, vel censuum, & redditunm.* Y con otros muchos. Hermosilla leg. 10. *tit.* 1. *part.* 5. *gloss.*4. en el num. 137. que de contrario se cita, y en el siguiente, ibi: *Qui omnes concludunt, quod non sufficit hoc casu probare, quod si pecuniam habuisset posset fundum emère vel redditas annuos; sed oportere probare, quod ille fundus erat venalis; vel etiam annui redditus, & illos non emisse ob deffectum pecuniæ.*

246 Impuestos pues en dichas reglas de inevitable atencion, y precissa observancia, hallamos extraviadissimos de el assumpto los lugares en que la parte de el Marquès à querido fundamentarle; y que si algunos pudieran traerse avrian de ser los de Gutierrez *de iur. confirm. part.* 1. *cap.* 2. *num.* 4. y Flores Diaz de Mena *ad Gamm. deciss.* 110. *num.* 3. Rodriguez de reditib. *lib.* 1. *quæst.* 16. *n.* 24. con los demàs que estos refieren, por citar Executorias, y decisiones de Tribunales Superiores, donde de caudales pertenecientes à Menores, Iglesias, Conventos, Patronatos, &c. en quienes no concurre la circunstancia de nogociar, han sido los deudores morosos condenados à pagar reditos à proporcion de los censos.

247 Bien que el no traerlos seria por conocer que hablan en el caso de aver estado à cargo de los mismos deudores la imposicion, ò investimento de el principal que han retenido; el qual es distintissimo de el nuestro, mediante que entonces no se funda la obligacion de los reditos en la retardacion, sino en estarse lucrando dichos deudores con el caudal, que por culpa, y omission suya dexa de imponerse à favor de el Acreedor que le avia de vsufructuar; como asi expressamente lo advierte el Card. de Luc. *disc.* 14. *de vsur. num.* 13. ibi: *Cum dictæ decisiones procedant vbi ipse debitor assumpsisset in se onus faciendi dictum investimentum, & respective multiplicum, cum tunc intret dicta obligatio potius ob non factum, quam ob non datum, & sic ratione non adimpleti suscepti mandati in faciendo, non autem moræ debitoris in non solvendo*: y esto aun en terminos de vsuras dotales, vt prosequitur, ibi: *Vt in pro-*

*posito*

*posito vsurarum dotalium habetur sæpius in sua materia sub titulo de dote*; y lo repite en el *num. 3. de el citado discurso* 32.

248 O porque el deudor era comerciante, y constò aver estado negociando, y vtilizandose con el dinero, que son los terminos, en que segun el proprio Gutierrez, hablan Minchaca, y Mexia; pues se verificò ser traydo de las Indias, ibi: *Et ita fuit iudicatum in nummis, qui ex Indijs Hispalim invecti dominis ablati sunt, per regios Auditores*, y en los que el señor Castillo *lib. 2. cap. 1. num.* 45. dize deberse entender este lugar, y el de Flores Diaz de Mena, y Executorias, que citan de la Real Chancilleria de Valladolid, ibi: *Et iuxta hæc debent inteligi quæ tradit Ioannes Gutierrez*, y esto precediendo la justificacion que yà queda sentada de ser cierto, que à el Acreedor le avia de aver redituado aquel dinero, vt ipse Gutierrez, ibi: *Apparet quasi pro certo, quod ex ea lucratus fuisset*; ac idem Mena, ibi: *Quod non debet esse vagum, & incertum, & in potentia, sed certum, probabile, & quasi in actu.*

249 De cuyos terminos, y de los de nuestro pleyto, dista mucho el que se refiere tambien de Luca en el *discurso* 32. *de vsur.* que la otra parte cita; y tanto, que en lo que puntualmente comprehendido pudiere conducir, le es contra producentem; pues se reduce à que, estando vno para professar, donò todos sus bienes à sus hermanos con expressa condicion de que entregassen cierta cantidad al Convento para que la empleasse en rayzes, ò censos, cuya renta se convirtiesse en lo que el profitente dexaba señalado, la qual renta huviessen de pagar dichos hermanos, interin que con efecto aprompta ban aquel principal: y por no averle entregado, la estuvieron pagando muchos años; al cabo de los quales, suponiendo ser vsuras ilicitas, pretendieron que con su importe se declarasse extinguido dicho principal; y siendoles denegado por Auto de la Nunciatura, le pidieron dictamen sobre si seria, ò no justa la apelacion, y les aconsejò que no la prosiguiessen.

250 Fundòse Luca en que à no ser por aquella obligacion, no huviera hechose la donacion, y el Convento adquiriria los bienes todos de el Religioso; y en que aquel principal se considerò precio ofrecido por el resto de ellos, para que asi los reditos se regulassen por frutos recompensativos en conformidad de la ley *Curabit. Cod. de act. empt.* y demàs que juntaron D. Salgado *part. 1. laberynt. cap. 21. ex num.* 34. Lagunez *de fruct. part.* 1.

cap.

*cap.* 34. *num.* 97: y aun con todo esso premeditò tal dificultad àzia resolver no fuessen vsurarios aquellos reditos, que concluyò diziendo, que en caso de ofrecerse alguna duda à favor de los hermanos, les aprovecharia para no pagarlos en adelante, mas no para lo respectivo à los que yà tenia cobrados el Convento, y distribuidos en cumplir la disposicion, y voluntad de el donante consentida, y practicada por los dichos sus hermanos.

251. Ibi: *Demum pronderabam, quod si quę dificultas intrare posset favore debitorum, procederet solum in fructibus, seu accessionibus solvendis, secus autem insolutis, & per Monasterij Superiores erogatis in currentes expensas, vel in vsus ab ipso disponente destinatos, quoniam si daretur imputatio in sortem, sequeretur, quod ita per diminutas solutiones distracta dicerentur bona stabilia in sorte principali; quorum iure metienda est pecunia ad eorum emptionem precisse, ac necessario destinata; ita vt illa alienatio, quæ absque solemnitate, & causa directe fieri non potest, ita indirecte fieret; quod de iure concedendum non est, vt motivatur etiam in Neapolitana.*

252 Nada de lo qual concurre aquì, pues ni el Duque ofreciò los 50ꝗ. ducados por precio de los otros 50ꝗ. cumplimiento à los 100ꝗ. de la dote, ni se obligò à pagar reditos de ellos, ni à darlos impuestos à favor de la Casa de Castel-Rodrigo, ni su disposicion los comerciò, y traficò, ni menos sus herederos; ni eran personas acostumbradas à ello, ni ay prueba alguna de que por este, ù otro medio huviessen lucradose, ni jamàs se deduxo pretension sobre tal assumpto, ni era capàz deducirse à vista de el hecho cierto expuesto en los articulos antecedentes.

253 Lo mismo sucede con el lugar de Matheu *controv.* 40. pues se dirige à descubrir quando deban tenerse por licitos, y quando por vsurarios los interesses pactados en algunos contratos como lo manifiesta su inscripcion, ibi: *De vsurario paciscente sub prætextu eius, quod inter est*; y por ser mas ocasionado que otro el prestamo, à causa de que al tiempo de celebrarse suele el mutuante si es Mercader, ò comerciante ponderar que tiene el dinero para pagar Escripturas, que debe, y para emplear en mercaderias, que trata de comprar; y el que no lo es, insignua, que le tiene para redimir censos, y relevarse de los reditos que està pagando, ò para comprarlos, y vtilizarse con los que le avria de rendir, empieza à tratar de este contrato desde el *num.* 46.

254 Y presuponiendo desde el 85. hasta el 91. la expressada

da precisſion de aver de ſer el mutuante perſona acoſtumbrada à negociar, para que pueda tener lugar el intereſſe de el lucro ceſſante, previene en el *92.* deberſe entender proporcionadamente, y con diſtincion eſte modo de comercio; y explicandoſe con exemplo dize, que ſi es vn Cavrllero, que ni por ſi, ni por interpueſta perſona, trata en mercaderias, ſerà deſeſtimable alegar, y aun probar, que pudiera aver grangeado, empleando en lienços, ſedas, azucar,&c. y que lo que deberà probar ſerà, que tenia deſtinado entonces ſu dinero para comprar algunas fincas, ò cenſos, por ſer eſto veroſimil à ſu calidad, ibi: *Si probaberit, quod paratam habuit pecuniam ad emendam domum, cenſum, vel prædia; quoniam veriſimile eſt reſpectu ſuæ qualitatis.*

255 En eſta regla, y en lo demàs que para ſu contraccion acaſo eſpecificò, añade Matheu, ſe halla contra producentem àzia la pretenſion de el Marquès; pues preſupueſta la deſtinacion deliberada de el dinero con que actualmente ſe comercia, ibi: *Vt habeatur in via, & vera, ac reali habitudine*; y aun el adelantamiento, y reſguardo de premeditar, y capitular entre ambos el lucro, que ſe eſperaba rindieſſe la negociacion, ſegun lo explica la inſcripcion de ſu queſtion; tan lexos eſtà todavia de afirmar que la deſtinacion à empleos correſpondientes à la calidad luſtroſa de el mutuante, como ſon las compras de fincas, y cenſos, y la frequencia de hazerlos, baſten por ſi para ſer licito el intereſſe, que antes bien lo niega, mediante pedir ademàs juſtificacion, y prueba, no ſolo de la certeza de el negociado, ſino tambien de que avia de averle ſido lucroſo, ibi: *Revera intendebat exercere aliquod negotium, ſibi vtile, & lucroſum.*

256 Preſuponiendo tambien Rodriguez *de reditib. lib.3. quæſt.* 5. *num.* 23. la miſma deſtinacion, ibi; *Quando revera iam firmus exponere conſtituerat, atque eandem pecuniam negotiationi deſtinatam mutuavit,* fundò la propria reſolucion con Bartulo, Paulo de Caſtro, Romano, Prepoſito. Didac. Perez. P. Soto, y otros, diziendo, *Non ſufficit aliquem eſſe conſuetum negotiari, & lucrari, vt ex mora præſtetur ei intereſſe lucri ceſſantis, niſi lucrum illud ſit certum, hoc eſt, certum ſit; quod illo tempore lucratus fuiſſet ex re debita ſi illam recepiſſet.* Y vniendo en vn proprio Acreedor las circunſtancias de Noble, y Negociante, y Deſtinacion de ſu dinero para aver de comprar fincas, ò cenſos, Maſcard. *de probat. concl.* 934. *num.* 24. ibi: *Dum modo per probationem propinquam oſtenderet ſeparatos habuiſſe*

 *vendi-*

*venditores prædiorum, vel censuum, & redituum*, y en mas estrechos terminos Aflictis *deciss.* 20. *num.* 2.

257 Vlterius adhuc, aun en assentir à que con el motivo de q̃ por no restituirse à tiempo el dinero, y estàr justificadas las demàs circunstancias de poderse aver empleado en censos, y serle por esta via redituoso al Acreedor, se permitan interesses, no dexa de encontrarse riesgo, y muy grande; pues desestimando Solis *lib.* 2. *de censib. cap.* 5. *ex num.* 14. la referida possibilidad de empleos, ibi: *Nec obstat si dixeris iam interesse creditoris, cum si statim soluisset debitor, facili negotio potuisset dare ad censum redimibilem*, defiende, y funda eruditamente que no pueden tener lugar por damno emergente, ni lucro cessante, atento à que el destino à tales empleos, no lo es à causas efectivas de ellos, ibi: *Hoc autem interesse non est damni emergentis; sed nec lucri cessantis, quoniam id dumtaxat habet locum in solito negotiari; redituum vero annuorum emptio non potest dici negotiatio; alioquin, homo solitus dare ad censuum, mutuando pacisci posset certam quantitatem ad rationem vnius proquatuor decim quando solutio tardaretur; quod ipse per quàm falsum esse mihi per sua deo.* Lo qual esforçò despues mucho con otros fundamentos nuestro moderno, y Venerable Espejo de *vsur. cap.* 8. *num.* 18. *y* 32.

258 Finalmente, desdizen del assumpto de el Marquès los capitulos 392. y 759. de Graciano: respecto de que en el primero nada conducente à èl se halla, ni aun el *num.* 30. pues solo llega al 25: y en quanto à el segundo, trata de dote ofrecida à el marido en dinero de contado; ò consignada en censos, para que con su renta huviesse de mantener las cargas del matrimonio, ibi: (*num.* 1.) *pro dote in tot censibus, seu pecunia pro communiori sustentatione onerum matrimonij*; cuya especie (como dexamos prevenido num. 208.) es la de el *cap. salubriter de vsur.* Y que no sea adaptable al intervsurio que se pretendiere contra el marido, ò sus herederos, que retardaron la restitucion de la dote, lo afirma el proprio Graciano, *num.* 57. ibi: *Est nota conclusio, & ab omnibus approbata, quod soluto matrimonio mulieri, moram passæ in restitutione suæ dotis, nihil debetur, quidquid aliud sit in viro, cui debentur fructus in recompensationem onerum matrimonij, cum de vno ad aliud non liceat arguere.* Y contextan Barbosa *d. part.* 1. *leg.* 2. *in princip. ff. solut. matrimon.* y Luca *de dot. discurs.* 161. *num.* 22.

259 Tambien desdize el §. 30. de Sabelli *in summ.* verb. *Interesse num.* 14. porque habla en la misma especie que Graciano, como

como lo acredita el fundarse en el referido capitulo 759. y confessarlo la otra parte en el final de el 116. de su informe, y consta ademàs expressamente assi en el 16. de el proprio Sabelli, ibi: *Interesse debetur pro pecunia dotali debita à socero suo genero, qui ex pacto, tenebatur illam reinvestire*, ac clarius *num.* 23. ibi: *Interesse dotis debetur marito absque aliqua mora, vel interpellatione eo ipso, quod sustineat onera matrimonij iuxta cap. salubriter de vsur.* Lo qual en el 24. extiende aun à el caso de quedarle al marido hijos de aquel matrimonio, eo quod *tunc desinat esse maritus, nec amplius dicetur sustinere onera matrimonij, sed propia*, vt etiam D. Olea *tit.* 4. *quæst.* 9. *num.* 41. Luca vbi sup. *num.* 6. Quæ omnia nihil ad rem nostri casus.

# PUNTO SEPTIMO.

## *SOBRE QVE LA FIANZA HECHA EN VIRTVD de la Real Facultad por el Duque Don Fernando, obligando los frutos, y rentas del Estado à la restitucion de los 50U. ducados para en defecto de bienes libres suyos, no se extendiò à vsuras algunas.*

260 NO aviendo podido tener lugar los reditos, aun quando la fiança del Duque se extendiesse à ellos, mediante que aun en esse caso, y junto con el requisito *de deberse pedir*, eran indispensablemente necessarios los otros, que dexamos referidos, y probado que ninguno de ellos à intervenido en el pleyto; esta demàs la question de si se extendiò, ò no à ellos la Real Facultad, y obligacion, que en su virtud hizo. Y quando por aver de responder à la parte del Marquès, que la toca desde el num. 119. se necessitasse tratarla segun se protextò *num.* 29. de este informe, bastaria reproduciendo lo dicho alli, y en el *num.* 70. remitirnos à el señor Larrea, que en la citada deciss 37. lo hizo exprofesso, resolviendola à favor del Estado con tantos, y tan solidos fundamentos que nada se puede yà adelantar en ella.

161 Sin que nos perjudicasse la oposicion de Noguerol *allegat.* 17. que no trae dicha question por la principal del pleyto, en que escriviò, pues era solo sobre si à la muger del reo concursado se la debian reditos de la dote desde el dia de la quiebra: cuyo assumpto yà se vè quanto dista del nuestro, y de el de el señor Larr.

Ni

Ni el que tambien Pedro Surdo *tit. 9. de aliment. quæst.* 31. quisiesse persuadir lo contrario, movido de los textos, è interpretaciones, que la parte del Marquès le traslada; porque de todos se encargò el señor Larrea, y les diò solucion concluyente.

262 Y assi en contrapeso de estos dos lugares, y sus Asectas, tiene el señor Larrea la ventaja de su authoridad, y la Executoria de la Real Chancilleria de Granada, que tan de proposito especulada la materia, decidiò, (vt ait *num.* 16.) *Facultatem, qua bona maioratus ad restitutionem dotis fuerunt obligata, non extendi ad interesse postea debitum ex accidenti, & mora, quando ab initio de vsuris dotalibus minime convenit*: como con efecto no huvo aqui tal convencion: ni assimismo huvo capitulacion de que no restituida la dote passado cierto tiempo de disuelto el matrimonio, quedasse impuesta sobre el Estado, y sus bienes; y por cuya razon se diferencia de el caso en que hablan el señor Molina *lib.* 4. *cap.* 5. *num.* 5. y demàs que alli sus Addentes citan.

263 Cœterum, sin perjuizio de esta verdad, tenèmos tambien tan de nuestra parte à Surdo, y Noguerol, que aunque la del Marquès los alega en su favor, le son igualmente contra producentem, en el supuesto de que la obligacion contrayda por dicha fiança, no fue absoluta, *atque in omnem causam, & eventum*, sino *taxativa*, à cantidad determinada, y *subsidiaria*, para en defecto de bienes libres, como queda prevenido num. 46. 75. y 112. de este informe, y se confiessa en el 15. del contrario, ibi: *Siendo la fiança in subsidium como de la misma Escriptura dotal consta*; y es assi cierto, y por tal se sienta en el memorial, *num.* 6. *in fin.* ibi: *Obligò el dicho Duque Don Fernando todos sus bienes libres, y en su defecto, los frutos, y rentas de su Mayorazgo, y Estado*; y lo acredita la clausula de la Real Facultad *fol.* 91. tambien del Memorial.

264 Ibi: *Para que obligando primeramente à la restitucion, y paga de la dicha Dote, y Arras los bienes libres que al presente teneis, y adelante tuvieredes, por si aquellos no bastaren, podais obligar los frutos, y rentas del dicho vuestro Estado, y Mayorazgo, y no la propriedad de el, por la parte que demàs de los bienes libres fuere menester à los dichos 20U. ducados de los que assi os dàn en Juros de à catorze, y de los otros 20U. de joyas, vestidos, y ajuar de Casa, y 10U. ducados de las dichas Arras.* El mismo Noguerol *allegat.* 40. *num.* 42. hablando de obligacion hecha por posseedor de Mayorazgo sobre restitucion de dote, ibi: *Qui bona feudalia habet obligata, alodialibus deficientibus,*

afirma

afirma con el señor Molina, *lib.* 4. *cap.* 7. Rodriguez *de reditib. lib.* 2. *q.* 19. *num.* 15. Manent. *deciss.* 18. *num.* 20. y otros, ser subsidiaria, y condicional, ibi: *Quod sit obligatio conditionalis, & subsidiaria.* Y esto aun otorgandola el proprio principal deudor de la dote, segun el señor Salgado, *part.* 2. *lab. cap.* 5. *n.* 17. *y* 18.

165 Quibus ita, pudo muy bien escusar la otra parte recurrir *num.* 133. à la *decision.* 212. que cita de Pedro Surdo, sobre que aviendo duda en si la Fiança es general, *atque in omnem causam*, ò *limitada à determinada cantidad, & in subsidium*, debe entenderse *in omnem eventum*, y extensa à las vsuras: porque aqui no la ay en que es limitada à cantidad expressa, y cierta: y siendolo, tampoco la puede aver en que el mismo Surdo niega dicha extension, assi en esta decision (argumento à contrario sensu) como en la referida *quæst.* 31. *tit.* 9. *de aliment. num.* 72. ibi: *Respondeo tertio, tunc fideiussorem non teneri ad vsuras, & alimenta, quando fideiussit habito respectu ad certam quantitatem sortis, puta procentum.*

266 Vlterius, fundando, y defendiendo Aflictis in *cap. Imperialem de prohib. feud. alienat. not.* 12. *quæst.* 8. Freccia *de authorit. & postet. Baron. quæst.* 20. y en terminos de ser hecha la obligacion, y fiança por posseedor de Mayorazgo para restitucion de dote: Milanens. *lib.* 1. *deciss.* 8. *num* 361. no extenderse à los reditos, como tambien lo defiende, y funda Barbosa *part.* 3. *leg.* 1. *ff. solut. matrim. num.* 28. y sido de contrario dictamen Hodierna *ad Surdum deciss.* 221. con otros que alli cita; concilia ambas opiniones Fachineo *lib.* 7. *controvers. cap.* 57. diziendo extenderse quando la fiança es general, y no restricta à cantidad cierta, ibi: *Si consentiat simpliciter, neque ad certam summam pecuniæ consensus redigatur*, pero no quando es limitada, ibi: *Alia ratio est fideiussoris, qui cum taxatione in certam quantitatem obligatus est: & similiter domini consentientis, vt feudum oppignoretur à Vassallo sub certæ quantitatis taxatione: tunc enim consensus pertinet ad sortem tantum.* Y repitiendo que dichos Authores negaban poderse considerar obligado à el Fiador *in omnem causam*, prosigue respondiendo, *Quod facile concesserim, si adiectæ certæ quantitatis taxatione, vt dictum est, consentiat; vt puta; consentio vt pignus oppignoratum sit pro quantitate centum aureorum dumtaxat.*

267 Con esta distincion và tambien Franchis *deciss.* 613. y arregladas à ella dize Gizarelo en la 74. aver visto muchas determinaciones; y el señor Larrea *dict. deciss.* 37. *num.* 23. ibi: *Nam quoties limitate ad certam quantitatem hypothecæ, vel fideiussores adijciuntur, in-*

 *cremen-*

*crementum non admititur vsurarum, nec potest aliqua obligationis fieri extensio,* ac *num.* 29. ibi: *Quia tunc non extenditur obligatio ad quid aliud, quam quod expressum, nec extenditur ad accessorium, nisi in omnem causam fideiusserit.*

268 Y parece que no podemos negar ser puntualmente deducida de la ley 54. ff. *locat.* donde preguntando el I. C. Paulo si el fiador del Colono estarà obligado à los interesses por la demora en la paga de la pension, ibi: *Quæro, an fideiussor conductionis etiam in vsuras non illatarum pensionum nomine teneatur:* Responde estàrlo si la fiança fue general, y absoluta, ibi: *Paulus respondit, si in omnem causam conductionis, etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo Coloni, tardius illatarum pro mora Coloni pensionum præstare debere vsuras,* y en que concuerdan, faltando capitulacion, y pacto de averlas de pagar, la 4. y 22. C. *de vsur.* y con especialidad la 68. §. 1. *de fideiussor.* que sin necessidad de mas reflexion que sonar ser la fiança en cantidad determinada, ibi: *Lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant,* exime de las vsuras à los Fiadores, ibi: *Decrevit, fideiussores in vsuras non teneri.*

269 Y aun estrecha todavia mas el mismo I. C. en la ley *Lucius* 46. §. 4. ff. *de administrat. tutor.* pues para relevar de la obligacion de vsuras al Fiador tiene por banstante el ser la fiança *limitada en tiempo*; y assi en la especie de que si cumplido el de la tutela por aver llegado yà à pubertad el menor, prosiguiesse voluntariamente administrando su tutor, resuelve no estar el fiador obligado à los reditos causados despues de la pubertad, ibi: *Paulus respondit, propter ea, quæ post pubertatem, nulla necessitate cogente, sed ex voluntate sua, tutor administravit, fideiussorem, qui salvam rem fore cavit, non teneri*; y en esta forma la entiende, y expone Parladorio *rer. quotid. cap. fin.* 1. *p.* §. 12. *limit.* 7. *num.* 57.

270 Y aunque considerando antinomiado este texto con el de Africano *leg. si postea* 10. *ff. rem pupil. salv. for.* que en el caso de retardar el tutor restituir la tutela, entrado yà el menor en su pubertad, ibi: *Si postea quàm pupillus ad pubertatem pervenerit, tutor in restituenda tutela aliquandiu moram fecerit,* assegura ser cierto estàr tambien el Fiador obligado à los frutos, y vsuras de aquel medio tiempo; procura conciliarlos *num.* 59; no parece necessàrio debernos detener en ello, atento à que la obligacion de el Tutor, y su Fiador no puede parificarse con la de el que se dà para la restitucion de la dote, mediante que la de el tutor, y sobre que cae su fiança, comprehen-

prehende el cargo de aver de emplear, y restituir empleado en censos, ò fincas redituosas el que fuere dinero perteneciente à la tutela, y en su defecto, ò por negligente, ò por convertirle en vsos, y negociados suyos proprios, pagar los reditos correspondientes, *leg.* 15. *d. tit. de administr. tutor.* ibi: *Vel intra sex primos menses, pupillares pecunias non collocaverit, ipse in debitam pecuniam, & in vsuras eius pecuniæ, quam non fæneravit, convenitur.* Baeza *de decim. cap.* 2. *num.* 94. Gutierr. *de tutel. p.* 2. *cap.* 9. *num.* 16. Sabelli *in summ.* verb. *tutela num.* 30. vers. *Et si tenuerit.* Lo que no milita en nuestro caso como dexamos dicho *num.* 246. 247. *y* 248.

271 Llegando yà à Noguerol, pudieramos satisfacer sobradamente con dezir que en la alegacion 17. no habla de fiança condicional, y subsidiaria, como en la 40. *num.* 41. y 42. confiessa fue la de el Estado; sino de obligacion principal absoluta, ac in omnem eventum, & causam, qual es la que sobre la restitucion de la dote otorga por si el marido: pero junto con esto, y sin salir de su citada alegacion 17. hallamos claramente probado en ella el ser para con el Marquès lugar contra producentem; mediante que haziendole fuerça la authoridad de el señor Larrea, y decision de la Chancillería, dize *num.* 30. aver consistido en morosidad culpable, que huvo àzia exigir la dote, ibi: *Et motivum decisionis Chancellariæ insignuatum à d. D. Authore ead. disput.* 37. *num.* 16. *consistit in mora vxoris, circa petitionem dotis,* ac *num.* 32. ibi: *Ex quibus patet dictam disputationem Granatensem, & Chancellariæ decisionem, loqui in cassu diverso, nempe quando in vxore est mora culpabilis in exactione dotis.*

272 Y si como tambien advirtiò en la 40. *num.* 48. ay morosidad quando el Acreedor de la dote no haze sobre su cobrança puntuales diligencias, y esta confiessa en la alegacion 2. *num* 24. aprovechar al fiador subsidiario, y condicional, ibi: *Et cassus, in quo potest aliquod præiuditium afferri creditori negligentia, est quando aliquis obligatus est principaliter, & alter in subsidium, & conditionaliter, & in defectum principalis debitoris, iuxta leg. fin. ff. de. reb. credit. leg. fide iussores in id.* 42. *ff. de fideiussorib.* y la parte de el Estado lo tiene assi alegado (fol. 69. de el Memorial) desde [illegible] que la de el Marquès antecessor saliò al pleyto, y en el 137. de su informe concede el que si la huviesse avido seria defensa legitima; nos restarà vnicamente, y para argumentar ad hominem, el vèr si es, ò no cierto que en este pleyto la ha avido,

273 Año de 1637. muriò el Duque ; y no obstante que desde entonces dize la parte contraria num. 115. que pudo la de el Mayorazgo de Castel-Rodrigo proceder à la cobrança, fueron quasi ningunas las diligencias, que hizo hasta el de 1656: con que la demora està probada segun la ley 8. *tit.* 16. *part.* 1. concordante de otras muchas de el derecho comun, ibi: *Quando ome dexa de hazer lo que debe*, y Jul. Capponio *discept.* 35. *num.* 21. ibi: *Probatur ergo negligentia eo ipso quod quis habuit potestatem agendi, & non egit.* Y si para su verificacion basta la de muchissimo menos tiempo en sentir de Fontanela *deciss.* 125. *num.* 18. y el señor Olea con infinitos que cita *tit.* 7. *quæst.* 3. *num.* 39. con mayor, y mas vrgente razon en nuestro caso, que se continuò hasta el de 1671.

274 Sin mas circunstancia que esta, y aun hablando el señor Salgado *part.* 3. *laber. cap.* 11. *num.* 56. de la misma Viuda omissa en las diligencias de recuperar su dote, ibi: *De vxore negligente exigere suam dotem defuncto marito, existentibus bonis liberis*, liberta à los de el Mayorazgo que estaban por fiador de indemnidad, ibi: *Vt non habeat regressum ad bona maioratus*; & à fortiori avria de libertar le en el caso de este pleyto, por estàr patente que la omission de aquellos primeros años se dirigiò al fin de que la Princesa de Paterno, hija de la misma Duquesa Doña Beatriz, y el Principe su marido lograssen la percepcion, desfrute, y goze de las gruessas cantidades que expressa el Memorial fol. 85. pertenecian al caudal libre de el Duque.

275 Y por si vltimamente se imaginare debilitar al Estado tan eficàz, y relevante defensa, por el medio de dezir que al Marquès actual, y su Mayorazgo nunca puede damnificar aquella omission, ni la que assimismo han practicado hasta de presente los demàs sus Antecessores, por deberse considerar administradores, y agenos (bien que lo disiente D. Molina lib. 1. cap. 19. num. 11. cum alijs à Valeron *de transact.* tit. 4. q. 2. n. 1.) concluìmos, respondiendo, que aun procede en essos terminos segun Garcia *de expens.* cap. 20. *num.* 16. Ayora *de partit. p.* 1. *cap.* 4. *num.* 31. ibi: *Idem erit in quolibet alio administratore, cui incumbebat onus debita sui principalis recuperandi.* Sub his in omnibus tanti Senatus dignissima censura. Sevilla, y Octubre 5. de 1722.

*Lic. D. Luis Fernandez de Valenzuela.* *Lic. D. Alonso Bexines de los Rios.* *Lic. D. Jacobo Sanchez Samaniego.*